

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

SENTENCIA N° 81/2009.

Santiago, dieciséis de enero de dos mil nueve.

VISTOS:

I. En cuanto al requerimiento de la FNE:

1. A fojas 8, con fecha 22 de octubre de 2007, el Sr. Fiscal Nacional Económico, en adelante también la Fiscalía Nacional Económica y FNE, requirió de este Tribunal el ejercicio de sus facultades contempladas en el artículo 26° letra a) del Decreto Ley N° 211, para que modifique las bases de licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil, en adelante también JAC, para el proceso de licitación pública de siete frecuencias aéreas directas entre las ciudades de Santiago y Lima, por un plazo de cinco años, cuyo llamado se efectuó por la autoridad mencionada por medio de avisos publicados en el Diario Oficial y en el Diario La Nación el día 8 de octubre de 2007, a fin de que se incorporen condiciones de competencia en la industria.

1.1 Las frecuencias objeto de la licitación autorizan al tráfico de Tercera y Cuarta Libertad. Tercera Libertad es el derecho a llevar pasajeros desde el propio país (A) hacia el país contraparte (B). Cuarta Libertad es el derecho a traer pasajeros desde el país contraparte (B) hacia el país propio (A).

1.2 Expone la FNE que las bases de la licitación objeto de su requerimiento, en adelante “las bases”, disponen que en la audiencia de licitación –que iba a tener lugar el día 30 de octubre de 2007–, las empresas aéreas deben manifestar en primer término las frecuencias por las que estaban interesadas, asignándose, sin necesidad de ofertas, aquellas en las que hubiese solamente un interesado, y a quien realice la oferta monetaria más alta, en sobre cerrado, las restantes. En caso de empate en las ofertas más altas se repetirá entre ellas la licitación de la frecuencia correspondiente. Las frecuencias serán asignadas una a una en forma consecutiva en una misma sesión. El Secretario General de la JAC declarará cual fue la empresa que ofreció la suma más alta por cada frecuencia pero no indicará el monto ofertado por cada frecuencia hasta que no termine la licitación de todas ellas.

1.3 La FNE no considera apropiado el mecanismo, toda vez que el valor del producto o insumo a licitar depende de la cantidad con la que ya cuenta cada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empresa, existiendo un claro dominante en la ruta, razón por la que debería ser modificado incorporando consideraciones de competencia para la industria.

1.4 Expone que la existencia del principio de reciprocidad limita las frecuencias aéreas internacionales, de manera que su posesión es condición necesaria para competir, pudiendo la concentración de estos insumos convertirse en una barrera a la entrada al mercado.

1.5 Al respecto, la FNE se refiere a la Sentencia N° 44/2006 de este Tribunal, que consideró que la empresa dominante tiende a otorgar una valoración superior que potenciales competidores en eventuales subastas a frecuencias aéreas restringidas. Ello pues la empresa dominante tiene incentivos para acumular frecuencias concentrando y hasta eventualmente cerrando el mercado en perjuicio de su competencia. Por ello, agrega, en el derecho comparado las frecuencias restringidas suelen asignarse mediante licitaciones en las que los participantes compiten por plan de explotación, incorporando además criterios tales como la competencia que genere la asignación en cuestión, habida cuenta del número de aerolíneas operando en la misma ruta, la distribución de capacidad entre aerolíneas y la entrada de nuevas empresas que puedan desarrollar una prestación eficiente y comercialmente sustentable.

1.6 Sostiene que cuando se licita un insumo esencial, como es el caso, es importante establecer criterios para asegurar la competencia, sobre todo cuando en el mercado en cuestión existe un claro dominante con incentivos para adquirir frecuencias para usarlas como amenaza para enfrentar a un potencial competidor y alcanzar acuerdos con otras aerolíneas a efectos de disminuir el grado de competencia. Considera relevante en este punto que LAN no haya utilizado dos frecuencias.

1.7 En su requerimiento, la FNE expone que en la Ruta Santiago Lima, LAN es la empresa dominante con una participación de mercado superior al 80%, sustentada en la posesión de la totalidad de las frecuencias dispuestas por la autoridad chilena y de un tercio de las dispuestas por la autoridad peruana. En la época del requerimiento las veintiuna frecuencias aperturadas por la JAC habían sido asignadas a LAN. Por su parte, de las veintiuna frecuencia dispuestas por la autoridad peruana, el grupo LAN detenta 7, otras tantas GOL y otras tantas TACA. La FNE en su requerimiento consideró previsible que en la licitación impugnada, en caso de disputa, LAN se adjudicase las 7 frecuencias a asignar.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.8 En cuanto al derecho, la FNE expone que la licitación pública en cuestión fue convocada en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley N°2564, Ley de Aviación Comercial, que contempla dicho mecanismo de asignación de frecuencias aéreas restringidas. Por su parte el Decreto Supremo N° 102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, estableció el Reglamento de Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales disponiendo un mecanismo de remate a viva voz para asignar las frecuencias con más de un interesado. Acogiendo una de las propuestas contenidas en la sentencia N° 44/2006 de este Tribunal, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones modificó el Decreto Supremo N° 102 de 1981, eliminando el llamado a viva voz. Sin embargo, en contra de las recomendaciones realizadas en la sentencia mencionada, se mantuvo la licitación pública en base a oferta monetaria como criterio de asignación.

1.9 En definitiva, la FNE solicita en su requerimiento que este Tribunal modifique las bases que regulan el proceso de licitación pública de siete frecuencias directas entre Santiago y Lima, publicadas en el diario oficial el 8 de octubre de 2007, incorporando como criterio de asignación, sin perjuicio de otros que estime convenientes, la competencia que genere en la ruta. Para ello considera que ha de ponderarse la necesidad de limitar la cantidad de frecuencias de cada empresa en la ruta, el número de aerolíneas operando en dicha ruta y la entrada de nuevas empresas.

II. En cuanto a la medida cautelar

2. La Fiscalía Nacional Económica, en la presentación en la que formuló su requerimiento, solicitó la suspensión de la licitación que motivó su acción.

2.1. A fojas 16 del cuaderno principal, se accedió a la petición de la FNE y se ordenó la suspensión de la licitación que motivó el requerimiento por el plazo de 30 días corridos. A fojas 18 del cuaderno de medida precautoria, con fecha 20 de noviembre de 2007, se renovó dicha suspensión por otros 30 días corridos.

2.2. A fojas 27 y siguientes del cuaderno de medida precautoria, con fecha 12 de diciembre de 2007, este Tribunal alzó parcialmente la medida descrita, autorizando a la JAC para licitar las siete frecuencias aéreas directas entre Santiago y Lima por un período de vigencia no superior a dieciocho meses, contados desde la fecha del acto administrativo de adjudicación.

III. En cuanto a los terceros intervinientes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. A fojas 22, con fecha 26 de octubre de 2007, Sky Service S.A., en adelante también Sky, se hizo parte como coadyuvante de la Fiscalía Nacional Económica.

4. A fojas 55, con fecha 21 de noviembre de 2007, se hizo parte LAN Airlines S.A., en adelante también LAN, como coadyuvante de la requerida, Junta de Aeronáutica Civil.

IV. En cuanto a la contestación del requerimiento

5. A fojas 61, con fecha 22 de noviembre de 2007, JAC contestó el requerimiento y solicitó su rechazo por las razones y antecedentes que a continuación se sintetizan:

5.1 En primer término, expuso que los derechos de tráfico aéreo son bienes jurídicos que emanan de la soberanía de los Estados sobre sus cielos y se materializan en libertades del aire que se conceden a las empresas aéreas en calidad de concesionarias. En Chile estos derechos son negociados con los Estados extranjeros –con quienes celebra Acuerdos de Transporte Aéreo–, administrados y concesionados por la JAC.

5.2 Señala que en nuestro país existe una política de cielos abiertos, con mínima regulación y donde, en principio, pueden operar todos los transportadores aéreos que cumplan con requisitos técnicos exigidos por la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), y de seguros exigidos por la JAC. Los derechos aéreos emanan directamente de la ley –Decreto Ley N° 2.564– y están a disposición de todos los operadores de aeronaves que deseen ejercerlos. Señala como ejemplo que el transporte aéreo interno está completamente abierto para todos los transportadores nacionales sin importar el origen de las inversiones o el carácter de filial de una empresa aérea extranjera. Éstos pueden ofrecer servicios aéreos regulares o no regulares, de pasajeros o de carga, sin limitaciones en cuanto al material de vuelo, capacidad ofrecida, puntos de operación de frecuencias, itinerarios y tarifas.

5.3 Señala que el tráfico internacional se encuentra igualmente abierto para todos los transportadores, nacionales y extranjeros. Ello implica que diversos operadores de diferentes países pueden entrar libremente en cualquier mercado que vincule a Chile, siendo suficiente para ello la reciprocidad de derechos, aunque las aerolíneas nacionales no los usen.

5.4 En definitiva, el mercado aéreo no es regulado y las autoridades carecen de facultades para poner barreras a la entrada o fijar tarifas. Los únicos casos en los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que la autoridad puede restringirlo son aquellos en los que hay falta de reciprocidad.

5.5 La JAC explica que, a la fecha de la contestación del requerimiento, Chile tiene acuerdo de cielos abiertos con 33 países. Existen nueve países con los que Chile no tiene acuerdos de cielos abiertos de terceras y cuartas libertades y que son consideradas rutas restringidas. Estos países son Perú, España, India, Alemania, Francia (París), Francia (Papeete), Australia, México y Venezuela. Sin embargo, no todas estas rutas se encuentran con restricciones “activas” (no se encuentran copadas por operadores nacionales), pues, por una parte, algunas de ellas superan el número de frecuencias asignadas a operadores nacionales (existen frecuencias vacantes) y por otra, existen frecuencias asignadas a líneas aéreas nacionales que no han sido utilizadas aún. En esta situación de holgura de corto plazo se encuentran las rutas con Brasil, España, India y Francia (Papeete). Las rutas que se encontraban al momento de la contestación del requerimiento efectivamente restringidas, es decir, con todas sus frecuencias otorgadas utilizadas en libertades de vuelo de tercera y cuarta libertades son las rutas con Perú, México, Venezuela, Francia (París), Alemania y Australia.

5.6 Respecto de la licitación de 7 nuevas frecuencias en la ruta Santiago-Lima, obtenidas en negociaciones bilaterales entre Chile y Perú desarrolladas en marzo de 2007, la JAC expone que todos los operadores nacionales manifestaron interés en operar tales frecuencias, por lo que se dispuso la licitación respectiva de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley N° 2.564 y el Decreto Supremo 102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT). Antes de iniciar el proceso y acogiendo una de las propuestas de la sentencia N° 44/2006 de este Tribunal, se modificó el artículo 3° del Decreto Supremo 102 mencionado, mediante el Decreto N° 50 de 2007 del MTT, reemplazándose el remate a viva voz por uno a sobre cerrado, procedimiento que aumenta la probabilidad de que una aerolínea entrante se adjudique alguna frecuencia;

5.7 Indica la requerida que resultaba indispensable llevar a cabo a la brevedad el proceso de licitación, atendido el tiempo transcurrido desde que se negociaron las nuevas frecuencias, de lo saturada que se encuentra la ruta y de las altas tasas de ocupación de la misma.

5.8 Asimismo la JAC indica que ha estado trabajando en un nuevo reglamento de asignación de frecuencias que permita contar en lo sucesivo con un marco normativo que promueva un uso más eficiente de las frecuencias adjudicadas y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por adjudicar. Este proceso se ha realizado bajo la modalidad de consulta pública. Además del reemplazo del remate a viva voz, la JAC considera que pueden perfeccionarse otros elementos del reglamento como los que permiten asegurar el uso de los derechos de tráfico y la sanción por su no utilización como el expediente de la declaración de abandono, pero requieren de tiempo y nuevas tecnologías para su implementación, como un registro público de uso de frecuencias. Para ello a la época de su presentación el servicio estaba licitando una nueva página *web*. Todo lo anterior con miras a mejorar y objetivizar la definición de los vuelos regulares, el sistema de declaración de abandono y la posibilidad de que los derechos sean libremente transables en el mercado.

5.9 Expone que la intención de la autoridad aeronáutica es seguir negociando con su contraparte peruana para lograr mayores libertades aéreas, por lo que debe asignar las frecuencias actualmente disponibles.

5.10 Argumenta que tanto el Decreto Ley N° 2.564 como el Decreto Supremo N° 102 ya citados, tienen por objeto “crear las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo chileno” a objeto de que éstas dispongan de servicios de la mejor calidad, eficiencia y menor costo. Sin embargo señala que existen barreras a la entrada de la industria de transporte aéreo, citando como ejemplos, la compra o arriendo de aviones, seguros, contratación y remuneraciones de pilotos y personal de tierra, compras de *stock* de repuestos, programas de pasajeros frecuentes y la integración vertical de las aerolíneas hacia los aeropuertos y hacia los sistemas de reservas por computadora. Todos estos elementos están fuera del diseño institucional chileno y pueden otorgar poder de mercado y limitar la entrada a nuevos operadores.

5.11 Señala que el marco legal no permite excluir a los operadores y según el artículo 3° del DL N° 2.564, en caso de que deba citarse, esto es, cuando las frecuencias en cuestión sean restringidas e insuficientes, el proceso debe ser público —esto es que cualquier operador interesado puede participar— y de acuerdo con las condiciones y procedimientos que fije el reglamento, especificando en su inciso segundo que “las sumas provenientes de dichas asignaciones ingresarán a fondos generales de la Nación (...)”.

5.12 De la norma legal transcrita, para la JAC es ineludible deducir que la licitación debe ser pública y el criterio de asignación basado en ofertas monetarias tiene que estar presente, aunque no sea el único criterio. Este organismo se muestra contrario a la posibilidad jurídica de que se limite el acceso a un mercado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a un transportador por el hecho de ser dominante, porque la ley no establece esa posibilidad de exclusión. La potestad reglamentaria de la Presidenta de la República permite que por la vía del reglamento se complementen las disposiciones de la ley pero no que se contravenga elementos esenciales de la ley, en este caso el principio de libre ingreso al mercado contemplado en los artículos 1° y 10° del Decreto Ley 2.564. Agrega que este cuerpo legal entrega a la JAC atribuciones muy puntuales para limitar el ingreso al mercado, las que son excepcionales.

5.13 Para la JAC, restringir de cualquier forma la libre concurrencia e igualdad de los oferentes a una licitación de frecuencias o limitar el número de frecuencias que puede adjudicar a la empresa dominante podría acarrearle acusaciones de discriminación arbitraria, actuación ilegal e inconstitucional. Discriminar a los oferentes por razones económicas, en opinión de la JAC, tiene mayores costos que beneficios para el bienestar general.

5.14 Según la JAC, su deber como servicio de satisfacer en forma regular y continua las necesidades colectivas y la posibilidad de ser responsable del daño que causen por falta de servicio, todo según lo dispuesto por la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, le impidió dilatar la licitación de las frecuencias Santiago-Lima referidas.

5.15 La JAC expone que existen razones económicas que sustentan el tiempo y oportunidad para licitar las frecuencias de la ruta Santiago-Lima, esto es la maximización del bienestar social y el costo de mantener un recurso escaso sin uso. Es así como la importancia, restricción y saturación de la ruta Santiago-Lima sustentaron la decisión.

5.16 En su presentación, la JAC incluye un cuadro de rutas restringidas a octubre de 2007, resaltando aquellas que presentan restricciones activas en esa fecha, el que a continuación se reproduce.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Rutas Restringidas a Octubre 2007.

País	Derechos Aerocomerciales Acordados		Derechos Asignados	Derechos Utilizados	Existencia de Holgura (restricción no activa)
	Libertades	Vuelos Semanales			
Brasil	3ª y 4ª libertad, con derechos de 5ª y 6ª libertad en Sudamérica	42	14 Lan 7 Sky y 21 Vacantes	7 Lan	SI
	3ª y 4ª libertad, con derechos de 5ª y 6ª libertad en Sudamérica y fuera de la región	37 (28 de pasajeros 9 de carga)	30 Lan 7 por licitar	21 de pasajeros y 9 de carga Lan	SI
Perú	3ª y 4ª libertad	28 (*)	21 Lan 7 por licitar	21 Lan	NO
	3ª y 4ª libertad con derechos de 5ª libertad	8 de los 28	8 Lan	8 de las 21 Lan	
España	3ª y 4ª libertad	21	4 Sky	0	SI
	3ª y 4ª libertad, con derechos de 5ª y 6ª libertad	17 de las 21	14 Lan y 3 Sky	14 Lan	
Australia	3ª y 4ª libertad, con derechos de 5ª y 6ª libertad	7	n/d	7 Lan	NO
Alemania	3ª y 4ª libertad, con derechos de 5ª y 6ª libertad	9	9 Lan	9 Lan	NO
Francia	3ª y 4ª libertad, con derechos de 5ª y 6ª libertad	7 París 7 Papeete	n/d	7 Lan París 2 Lan Papeete	NO
México	3ª y 4ª libertad	10	10 Lan	8 Lan	
India	3ª, 4ª, 5ª, y 6ª libertad	14	n/d	n/d	Si
Venezuela	3ª y 4ª libertad, con derechos de 5ª y 6ª libertad	2	n/d	2 Lan	NO

5.17 En el cuadro se puede apreciar que, a la fecha de la contestación de la demanda, existía una ocupación completa de las frecuencias existentes de parte de LAN.

5.18 A continuación, en su presentación la JAC incluyó, a fojas 80, un cuadro en el que puede observarse que Lima se ubica en el cuarto lugar en importancia en crecimiento el tráfico de pasajeros entre Santiago y otras ciudades, con una participación de más de 6% en los años 2005 y 2006.

5.19 Indica posteriormente que el crecimiento que ha tenido el tráfico de pasajeros (9,1%) sobrepasa el crecimiento promedio de todas las rutas internacionales con Chile (7,9%). Por su parte, el factor de ocupación de la ruta en cuestión entre los meses de enero y agosto de 2007 fue según la JAC de un 81,4%, cifra superior al de las rutas internacionales de las empresas chilenas en el mismo período -que es de 77,4%- y con el factor de ocupación a nivel mundial que fue de un 77,1% en el periodo enero-septiembre según datos de IATA. Todo esto hace prever a la JAC que las actuales frecuencias no serán suficientes para satisfacer la demanda en el corto plazo adecuadamente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.20 Expone que por lo anterior se negociaron siete nuevas frecuencias con el gobierno peruano, y un acuerdo de cielos abiertos en caso de que una aerolínea nacional haga un vuelo con escala en alguna ciudad de Chile (lo que ocurre de manera simétrica para una aerolínea peruana, por reciprocidad). Agrega que mantener frecuencias sin uso impone un costo de oportunidad alto para el país, en un mercado dinámico donde operan.

5.21 En 2006, la ruta Santiago-Lima fue operada básicamente por tres aerolíneas, dentro de las que el grupo LAN (LAN Chile y LAN Perú) captaron el 84% del mercado, en tanto que LACSA de Costa Rica y la peruana TACA Perú, que actúan en alianza, captaron el 14% del mismo. En febrero de 2007 comenzó a operar además en la ruta la brasilera GOL, la que a la fecha de la contestación del requerimiento captaba en promedio el 8,4% del tráfico de la ruta.

5.22 Seguidamente, la JAC expone un serie de argumentos que justificarían la mantención de la adjudicación de frecuencias por precio y sin limitaciones a ningún operador, los que a continuación se sintetizan:

- a. Las restricciones son temporales, por lo que nada justifica tratar estas frecuencias de forma distinta a las rutas no restringidas. Chile negocia permanentemente acuerdos de cielos abiertos;
- b. Puede constatarse, indirectamente, que la condición de ruta restringida activa, de ruta restringida pero con restricción no activa y ruta con cielos abiertos no hace mayor diferencia a la hora de ver la concentración de mercado en dichas rutas. Así la JAC compara la ruta Santiago-Lima con la ruta Santiago-Buenos Aires, en la que existe política de cielos abiertos. Concluye que la concentración en estos mercados no es sustancialmente diferente como muestra el cuadro que se reproduce a continuación:

Ruta Santiago - Buenos Aires										
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Índice de Concentración (HHI)	0,4	0,4	0,4	0,4	0,5	0,4	0,5	0,5	0,5	0,5
N° participantes	14	17	10	11	8	12	12	8	10	12
N° participantes efectivos	2,5	2,2	2,4	2,4	2,1	2,3	1,9	2,0	1,9	2,1
Ruta Santiago – Lima										
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Índice de Concentración (HHI)	0,3	0,4	0,7	0,7	0,6	0,6	0,6	0,5	0,5	0,7
N° participantes	8	7	8	6	6	7	6	5	8	4
N° participantes efectivos	3,3	2,7	1,5	1,4	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	1,4

Fuente: Estadísticas JAC

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c. A continuación la JAC realiza comparaciones de nivel de concentración de mercado entre rutas en las que existen acuerdos de cielos abiertos, otras con restricciones a libertades de tercera y cuarta pero no activas y otras con restricciones activas, concluyendo que las restricciones existentes ya sean activas o no, en nada se correlacionan con el grado de concentración en la mismas rutas. Por ejemplo, recalca el caso de la Ruta Santiago Nueva-York, donde existe competencia potencial e igual es posible encontrar concentración elevada;

d. La mayor valoración de la empresa dominante por la tres frecuencias puede responder a las menores tarifas o mayor conectividad que dicha compañía puede ofrecer a los pasajeros, producto de economías de densidad y de ámbito, por lo que restringir su participación podría afectar negativamente el excedente del consumidor;

e. Si se restringe la participación de la empresa dominante en la licitación, se estará favoreciendo a otra aerolínea de mayores costos o que enfrenta una demanda más riesgosa o incierta. Es poco probable, según la JAC, que el costo en bienestar a corto plazo favorezca la competencia en el largo plazo, pues eso supondría que la entrada “artificial” de una aerolínea le permitirá desarrollar una escala similar que los incumbentes;

f. Además, el aumento de vuelos, la oferta de servicios de mayor calidad y disponer de mayor número de conexiones tiene aspectos positivos para el consumidor, por lo que el aumento de frecuencias usada por una empresa dominante para bloquear la entrada de competidores puede tener un efecto ambiguo en el bienestar;

g. La valoración que una empresa asigne a las frecuencias a licitar dependerán no sólo de la empresa en sí, sino también del esquema de negocios. Por ejemplo, existen aerolíneas de bajo costo como Gol, que compiten con las aerolíneas establecidas con un esquema de negocios alternativo, por lo que pueden tener una valoración alta por las frecuencias restringidas;

h. La licitación por precio en sobre cerrado favorece la entrada de nuevos operadores, pues los incumbentes no conocen la oferta que hará un potencial entrante. La aerolínea dominante no ofrecerá su verdadera valoración, sino que ofertará lo que estima será la valoración de sus competidores más débiles, más un delta. De esta forma, podrá adjudicarse la frecuencia y obtener un excedente. Pero como existe incertidumbre, el pronóstico de la empresa dominante puede ser erróneo y resultar menor que la oferta del potencial entrante. En este caso la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pérdida de eficiencia producida en los casos en que no se adjudica la frecuencia a quien más la valora puede verse compensada por los efectos de la entrada de un nuevo competidor.

5.23 La JAC continúa sus argumentaciones sosteniendo que no se puede concluir de la necesidad de contar con derechos para operar una ruta restringida que la acumulación de frecuencias constituya una significativa barrera a la entrada, ya que de hecho estas rutas actualmente son atendidas tanto por operadores nacionales, como del país contraparte y de terceros países y existe posibilidad de entrada de nuevos competidores con un bajo costo de entrada.

5.24 Opina que la mayor valoración que pudiese hacer la empresa dominante de las frecuencias restringidas puede ser producto de sus ventajas de competencia que le otorgan ventajas de costo respecto de sus rivales, por lo que, a iguales tarifas, sus márgenes son mayores. Adicionalmente, acumular frecuencias tiene costos, pues debe operarlas. Y de no hacerlo existe un costo de oportunidad importante sumado a la posibilidad de perder la frecuencia.

5.25 La JAC afirma que no es del todo cierto que las frecuencias aéreas restringidas sean un insumo esencial, pues sólo tienen este carácter para los operadores aéreos nacionales y no para la oferta de vuelos que pueda provenir de terceros países. Esto es, existe capacidad de sustitución de la demanda que previene el abuso monopólico en las tarifas.

5.26 En opinión de la JAC, el tema de fondo para la FNE no es el mecanismo de licitación de frecuencias si no que más bien la posibilidad de que la empresa dominante del mercado abuse de su posición de dominio, y esa cuestión debiera ser materia de otra investigación. Continúa sosteniendo que la lógica con la que han actuado históricamente los organismos de defensa de la competencia en mercados no regulados es la de sancionar conductas y no la de establecer acciones preventivas para evitar posibles abusos. Además, puede tener costos en eficiencia intervenir en un mercado como el de transporte aéreo que es dinámico y con incorporación continua de nuevas tecnologías.

5.27 La JAC expone que en un mercado con costos fijos relevantes, una mayor competencia lleva necesariamente a una mayor concentración en el mediano y largo plazo, pues la mayor intensidad de competencia lleva a que la suma total de las utilidades de todas las firmas del sector sea menor, lo que permite financiar los costos fijos de menos empresas competidoras. En estos mercados sólo permanecen las empresas más eficientes. Lo que realmente importa, según la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JAC, es el grado de intensidad de competencia en un mercado en el que existan bajas barreras de entrada y salida.

5.28 La ruta Santiago-Lima ha sido desafiada en diferentes oportunidades por distintos operadores chilenos, peruanos y de terceros países.

5.29 Para la JAC, el mercado relevante debe ampliarse y no debe ser sólo el de la ruta de vuelos directo entre Santiago y Lima, sino que también debe incluir los vuelos que pueden realizar las líneas aéreas nacionales hacia Lima haciendo escala en cualquier ciudad chilena. Descarta otros medios de transporte, terrestres o marítimos, pues considera que existe baja sustitución cruzada de demanda entre estos y los vuelos de avión.

5.30 Expone que existe además una potencial oferta de aerolíneas de otros países que pueden atender este mercado, pues existen derechos concedidos por Perú a distintos países con los que Chile tiene, a su vez, derechos de tráfico.

5.31 La JAC expone que, a la fecha de su presentación, los principales participantes en la ruta Santiago-Lima son LAN Chile, en alianza con LAN Perú, Taca Perú, en alianza con LACSA y más recientemente la Brasilera GOL. LAN opera esta ruta con 21 vuelos directos a la semana, TACA Perú y LACSA ofrecen 7 vuelos a la semana, al igual que GOL. Luego incluye un cuadro sobre tráfico de pasajeros por empresa en la ruta, el que a continuación se reproduce:

Cifras de la Ruta Santiago – Lima

	2004	2005	2006	2007 (*)
Trafico (Nºpasajeros)	222.905	259.791	264.084	274.487
Crec. Trafico	-1,2%	16,5%	1,7%	40,6%
Participaciones de M°				
Grupo LAN	86,5%	89,2%	91,4%	84,0%
L.A.C.S.A./ TACA	13,4%	10,6%	8,5%	7,4%
GOL	0%	0%	0%	8,4%
Otros	0,1%	0,1%	0,0%	0,2%
HHI	0,77	0,81	0,84	0,72

Fuente: Estadísticas JAC

(*) Corresponde a las cifras de tráfico entre enero y septiembre

5.32 Indica que todas las frecuencias asignadas a Chile en la ruta están en poder de LAN, empresa que las opera en su totalidad. LACSA-TACA Perú, con un Hub en Lima, dispone de 14 frecuencias, de las que opera 7. Además, aerolíneas de otras nacionalidades: LACSA de Costa Rica, con un *hub* en San José, y Gol (Brasil) operan actualmente la ruta. LACSA-TACA pueden aumentar su oferta instantáneamente sin incurrir en costos, pues el *Revenue Mangement* que realizan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estas empresas es tal que sólo el 30% de quienes embarcan en Santiago tienen como destino final Lima.

5.33 Explica que el otro operador relevante es Gol, que hace uso de quintas libertades que tiene con Perú y de libertades que tiene con Chile. Utiliza el esquema de negocios de aerolínea de bajo costo. Opera la ruta Sao Paulo-Buenos Aires-Santiago-Lima.

5.34 Posteriormente, se refiere a la desafiabilidad del mercado aéreo en general y expone que éste no responde al paradigma del mercado perfectamente desafiado por varias razones, fundamentalmente por la existencia de economías de densidad de parte de la aerolínea con presencia dominante en un Hub, las que no serían completamente replicables por potenciales entrantes. Estas ventajas consisten tanto en factores que no dependen de la aerolínea instalada, como por ejemplo los costos hundidos en los que deben incurrir operadores entrantes al establecerse en un aeropuerto y otros que sí dependen de la aerolínea instalada, tales como densidad de frecuencias, horarios, programas de viajero frecuente, y alianzas con otras aerolíneas. Todos estos factores le entregan ventajas a la aerolínea dominante, que le permiten cobrar tarifas superiores a las de un entrante potencial ("Hub Premium").

5.35 Expone que alguna literatura económica demuestra que lo que entrega el poder de mercado a las líneas aéreas es su presencia en el *hub* y no en rutas específicas. Este sistema, según la JAC, dificulta la entrada de rivales a una ruta que opera el incumbente, sobre todo de empresas que operan en menor escala, pues éste enfrentaría menores costos y mayor demanda. Ello pues el sistema *hub and spoke* permite explotar de mejor forma las economías de densidad y de alcance propias de las redes de transporte aéreo, pudiendo usarse de mejor forma las flotas o hacer uso de aviones de mayor tamaño para ocupar las economías de escala, pudiendo traspasarse a menores tarifas y/o mayor disponibilidad de destinos.

5.36 La JAC expone que los potenciales entrantes son las empresas aéreas que pertenecen a países americanos que pueden operar la ruta sin mayores costos, pues tienen derechos de quintas libertades con Perú y/o Chile. La quinta libertad es el derecho de transportar pasajeros entre el país contraparte (B) y un tercer país (C), pero solamente en vuelos originados en el país propio (A). El derecho es válido para transportar pasajeros en ambas direcciones. Para poder ejercer este derecho, se requiere contar con el mismo derecho otorgado por parte del país 'C'.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Los derechos en cuestión se detallan en el cuadro que se transcribe a continuación:

Frecuencias operables SCL-LIM-SCL sin escalas

Estados Unidos	Cielos abiertos
Canadá	7 frecuencias semanales.
Costa Rica	2 frecuencias semanales.
Brasil	35 frecuencias semanales
Uruguay	7 frecuencias semanales
Ecuador	7 frecuencias semanales
Perú	6 frecuencias semanales

Fuente: Junta de Aeronáutica Civil

5.37 Lo anterior, en opinión de la JAC, pone un límite superior a potenciales tarifas por sobre el nivel de equilibrio de mercado que pudiera aplicar un incumbente de este mercado.

5.38 A continuación, destaca a la línea de bajo costo GOL como un hito que demuestra la desafiabilidad del mercado. Sus operaciones se sustentan en el uso de quintas libertades negociadas por Perú y Brasil, Brasil y Argentina y Argentina y Chile. Sostiene que la literatura económica ha demostrado que la entrada de aerolíneas de bajo costo conduce a una baja significativa de tarifas, el incremento global en el número de vuelos y el aumento en el tráfico total (muchos usuarios comienzan a emplear este medio de transporte atraídos por las bajas tarifas: “efecto *spillover*”). La entrada de Gol, produjo un crecimiento de tráfico en la ruta Santiago-Lima de 70.000 pasajeros entre enero y septiembre de 2007.

5.39 Hace presente que el efecto de la entrada de GOL en la ruta en cuestión puede deberse en parte a que es una ruta de corta distancia relativa en la que la menor comodidad de los pasajeros puede verse compensada por las menores tarifas, es decir en este tipo de ruta existiría un alto grado de sustitución de la demanda.

5.40 Por todos los argumentos expuestos, la Junta de Aeronáutica Civil solicita al Tribunal que rechace la solicitud efectuada por el requerimiento del Fiscal Nacional Económico de modificar las bases de licitación para la asignación de 7 frecuencias directas entre las ciudades de Santiago y Lima, con costas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

IV. En cuanto a las alegaciones de LAN Airlines S.A.

6. A fojas 113 y siguientes corre presentación de LAN Airlines S.A., tercero coadyuvante de la JAC, en la que realiza alegaciones que a continuación se sintetizan:

6.1. Sostiene LAN que la FNE ignora la naturaleza jurídica del régimen de asignación de frecuencias, cual es el de autorizaciones dadas por un Estado sobre su espacio aéreo para la explotación comercial de una determinada ruta aérea mediante la operación regular de un vuelo semanal, a favor de una aerolínea de otro Estado. Así, la negociación que efectúa el Estado de Chile con otro Estado, tienen como finalidad que la o las líneas aéreas chilenas exploten comercialmente los tráficos correspondientes.

6.2. Expone que el régimen de asignación de frecuencias, contenido en el artículo 3° de la Ley de Aviación Comercial, Decreto Ley N° 2.564 de 1979, se inserta en un régimen económico y jurídico de la actividad aeronáutica caracterizado por una amplia libertad y una mínima intervención de la autoridad administrativa, al punto de ser Chile uno de los pocos países que autorizan el cabotaje por empresas aéreas de otros Estados bajo condiciones de reciprocidad (artículo 2° Ley de Aviación Comercial).

6.3. Expone que el Presidente de la República, en uso de su potestad reglamentaria, cumplió con el mandato del artículo 3° de la Ley de Aviación, y dictó el “Reglamento de Licitación para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Nacionales” (“El Reglamento”), contenido en el Decreto Supremo N° 102 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de fecha 17 de junio del año 1981 y modificaciones posteriores. Este Decreto Supremo reglamentó específicamente las condiciones y procedimientos para adjudicar las frecuencias mediante licitación pública, en el caso previsto en la disposición legal. Además, dicho reglamento se refirió a las demás materias señaladas en el artículo 3° antes citado, esto es, la reducción del número de frecuencias, en caso que fuere necesaria; la transferencia de una o más frecuencias por un operador nacional a otros operadores nacionales, y el abandono de una frecuencia en una ruta determinada, para los efectos de disponer su asignación a otro operador.

6.4. Agrega que el artículo 32° N° 8 de la Constitución Política, establece que es atribución del Presidente de la República “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

6.5. Argumenta que de la disposición constitucional citada en el número anterior arranca la distinción entre la potestad reglamentaria propia, ordinaria o de ejecución y la potestad reglamentaria orgánica, autónoma, extendida o ampliada.

6.6. LAN sostiene que, en este caso particular, el límite de la potestad reglamentaria del Presidente de la República está definido por la noción de “licitación pública” utilizado por el legislador. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define licitación como “la acción y efecto de licitar” y ésta es “ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda”. Subasta, a su turno, es “la venta pública de bienes o alhajas que se hace al mejor postor, y regularmente por mandato y con intervención de un juez u otra autoridad”.

6.7. Para LAN, de esta forma, el mandato del artículo 3° de la Ley de Aviación Comercial, en orden a reglamentar los términos y condiciones de la licitación pública de las frecuencias debe consistir en fijar los términos y condiciones de su adjudicación pública, al mejor postor, en caso que haya más interesados que el número ofrecido de ellas y, en consecuencia, los términos y condiciones fijados por el Reglamento no pueden, en ningún caso, contradecir u oponerse a lo que constituye la esencia de la licitación: que las frecuencias se asignen al mejor postor, esto es, al que ofrezca el precio en dinero más alto por ellas. Tampoco pueden establecer un requisito diverso al pago del valor de la adjudicación al mejor postor.

6.8. De otro lado, LAN argumenta que el carácter público de la licitación asegura la libre concurrencia de todos los interesados, sin ningún tipo de limitaciones ni condiciones. Cualquier disposición reglamentaria en tal sentido iría más allá o entraría en contradicción con el artículo 3° de la Ley de Aviación.

6.9. Agrega que el Reglamento se refiere al abandono de una frecuencia, en caso que no sea operada regularmente por su titular (artículo 7°), a la reducción del número de frecuencias, en caso que ella fuere necesaria (artículo 8°) y que finalmente, la Ley de Aeronavegación establece que las frecuencias son libremente transferibles a otro operador nacional, en caso que su asignatario o titular desee retirarla.

6.10. Sostiene que el llamado a licitación de las siete frecuencias aéreas directas entre las ciudades de Santiago y Lima efectuado por la JAC se ajusta plenamente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a las disposiciones del Reglamento actualmente vigente y a la Ley de Aviación. En efecto, las Bases establecen que las frecuencias licitadas se asignarán a la empresa aérea que efectúe la oferta en dinero más alta, en caso de haber más de una empresa interesada en las frecuencias disponibles.

6.11. Por ello, argumenta que la pretensión de la Fiscalía formulada en el requerimiento, en orden a que la JAC exija en la Bases requisitos adicionales o diferentes a los establecido en la Ley de Aviación y en el Reglamento para que los interesados puedan participar en ella o para excluir la participación de determinadas empresas aéreas nacionales, en particular a LAN, produciría una grave violación de los principios de legalidad y de jerarquía a los que está sometida la actuación de los órganos y funcionarios de la administración del Estado. Respecto a este último principio, hace presente que el reglamento emana de la Presidencia de la República y del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el Secretario General de la JAC depende del Ministro correspondiente que preside el Consejo, que es el órgano resolutorio del organismo;

6.12. Finalmente, LAN argumenta que las pretensiones de la Fiscalía importarían que la Junta infringiera lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley de Bases de la Administración del Estado, que la obliga a respetar el derecho de las personas a realizar cualquier actividad económica, precepto que, por lo demás, concreta –a nivel legal y en el ámbito de la Administración- lo que la Constitución Política reconoce y declara en sus artículos 1º inciso 3º y 19 Nº 21 inciso 1º.

6.13. Refiriéndose a los alcances y efectos de la Sentencia N° 44/2006 de este Tribunal, expone que en ella se resolvió proponer la modificación del Reglamento a la Presidenta de la República, por intermedio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, con el fin de que las licitaciones se efectuasen sobre la base de “un método que haga más competitiva, para el consumidor, la industria aeronáutica comercial chilena”, y que en cumplimiento de lo anterior, la Presidenta de la República dictó con fecha 6 de julio de 2007 el Decreto Supremo N° 50, modificando el Reglamento, en el sentido de derogar su artículo 3º que establecía que las ofertas en el proceso de licitación pública debían efectuarse a viva voz. De esta forma, quedó en manos de la JAC determinar la forma en que se harían las ofertas, pudiendo fijar en la bases de licitación que éstas se contuvieran en un sobre cerrado, siguiendo la única recomendación específica efectuada por el Tribunal.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.14. Sostiene que el alcance de la atribución que le confiere el N° 4) del artículo 18 del DL 211 a esta Magistratura lo fija el verbo rector “proponer” que implica que este Tribunal manifiesta sus razones al Poder Ejecutivo, basadas en la defensa de la libre competencia, y que, como la proposición de este Tribunal a la Presidenta de la República –que no es imperativa para ella- se refiere a la modificación del Reglamento, tal modificación debe enmarcarse dentro de los límites de la potestad reglamentaria definidos por el contenido sustancial de la disposición legal que se reglamenta. Por ello, en ningún caso podría satisfacerse mediante una modificación al Reglamento la aspiración de la FNE manifestada en el requerimiento, en orden a que no se mantenga la licitación pública en base a oferta monetaria como criterio de asignación de frecuencias lo que, según se ha señalado, no resguarda la competencia en la industria cuando existe un actor dominante, sin entrar en una grave y frontal contradicción con la Ley de Aviación y con el Reglamento.

6.15. Añade la requerida que si la modificación del Reglamento no es imperativa para la Presidente de la República, lo obrado por la JAC al llamar a licitación y dictar las Bases respectivas conforme al Reglamento vigente -ya modificado en el único sentido específicamente recomendado y propuesto- no puede ser considerado como contrario a la libre competencia. En consecuencia, en opinión de LAN, se equivoca la requirente al pretender que las Bases configurarían una infracción, al no contener las recomendaciones y proposiciones formuladas por este Tribunal, pues han sido dictadas con sujeción a la normativa vigente y aplicable.

6.16. Posteriormente, LAN sostiene que las características del mercado Santiago-Lima no justifican modificar las Bases. En efecto, en versión de LAN, una de las particularidades fundamentales de este mercado reside en estar abierto para muchos operadores, los que pueden aumentar significativa y prontamente la oferta existente. En efecto, la oferta actual en dicho mercado puede incrementarse por los siguientes conceptos:

6.16.1. Por nuevos vuelos sin escala: los tratados y acuerdos internacionales existentes entre Perú y los países del mundo, así como los existentes entre Chile y los otros países del mundo, permiten que las empresas de muchos países puedan realizar vuelos sin escalas con derechos de tráfico entre Santiago y Lima, como parte de sus derechos de quinta libertad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

LAN inserta un cuadro en su presentación que muestra un resumen de las Frecuencias adicionales sin escalas que pueden operar las empresas de los diferentes países entre Lima y Santiago. Este cuadro se reproduce a continuación:

Frecuencias operables Santiago-Lima-Santiago sin escalas

País	Frecuencias totales	Frecuencias operadas	Frecuencias adicionales para operar	Frecuencias adicionales posibles de empresas que operan SCL- LIM	Frecuencias posibles de empresas que operan en Chile y Perú	Frecuencias posibles de empresas que operan en Chile y no en Perú	Frecuencias posibles de empresas que operan en Perú y no en Chile	Frecuencias posibles de empresas que no operan ni en Perú ni en Chile
Chile	28	21	7	7	7			
Perú	28	15	13	13	13			
Brasil	28	7	21	21	14	7		
Ecuador	7	0	7		7			
Costa Rica	7	6	1	1	1			
Uruguay	7	0	7			7		
USA	Ilimitado	0	Ilimitado		Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado
Francia	14	0	14			14		
Holanda	Ilimitado	0	Ilimitado				Ilimitado	
Alemania	9	0	9					9
Suiza	7	0	7			7		
Canadá	7	0	7		7			
Italia	7	0	7					7
Paraguay	7	0	7					Ilimitado
China	7	0	7					Ilimitado
Bélgica	Ilimitado	0	Ilimitado					Ilimitado
Dinamarca	Ilimitado	0	Ilimitado					Ilimitado
Noruega	Ilimitado	0	Ilimitado					Ilimitado
Suecia	Ilimitado	0	Ilimitado					Ilimitado
Emiratos Árabes	Ilimitado	0	Ilimitado					Ilimitado
Total	Ilimitado	49	Ilimitado	42	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado

Fuente: Acuerdos bilaterales de Chile y Perú.

Del cuadro transcrito, LAN concluye que la oferta de vuelos sin escalas en el mercado Santiago–Lima puede aumentar sustancial y prontamente. Es así como empresas extranjeras existentes en dicho mercado como la peruana Taca Perú, la costarricense Lacsa y la brasilera GOL pueden incrementar la oferta, llegando a operar 35 frecuencias adicionales a las 49 existentes, sin considerar las siete en proceso de licitación en Chile, es decir es posible que las empresas presentes en el mercado excluida LAN, aumenten un 71% la oferta.

Por otra parte, sostiene que los operadores que están presentes tanto en Lima como en Santiago operando otros mercados diferentes del Santiago-Lima podrían realizar una oferta ilimitada, ya que para ellos están totalmente abiertos los derechos de tráfico. En este caso se encuentran las compañías norteamericanas American Airlines y Delta. También podrían operar en este mercado las empresas canadienses y ecuatorianas, aún cuando éstas últimas tiene limitados los tráficos a siete frecuencias semanales cada país.

A lo anterior LAN sostiene que deben sumarse aquellas empresas que operan desde Santiago y no operan desde Lima, agregándose a los potenciales entrantes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las empresas uruguayas, francesas y suizas y otras empresas brasileras como es el caso de Tam. Al considerar en forma adicional a lo anterior las compañías que operan desde Lima y que, sin embargo, no realizan servicios desde Santiago, se agregan como posibles competidores las empresas Continental, Spirit y KLM con servicios sin limitación. Finalmente, según LAN, si se consideran aquellas compañías que no operan actualmente desde ninguno de los dos países se agregan las empresas alemanas e italianas, además de cualquier otra empresa americana y holandesa.

6.16.2. Además, sostiene la requerida, del incremento en vuelos sin escalas, las empresas aéreas chilenas y peruanas pueden operar frecuencias ilimitadas entre Santiago y Lima, con a lo menos una escala intermedia en un punto del territorio del país de la empresa aérea. El tiempo adicional del viaje Santiago-Lima o Lima-Santiago en este tipo de vuelos es de una hora aproximadamente en relación con un vuelo sin escalas, por lo que ambos tipos de vuelos pueden considerarse sustitutos cercanos.

6.16.3. Añade que las compañías del consorcio TACA destinan sólo el 30% de sus asientos ocupados en cada vuelo al mercado Santiago-Lima y el resto, a los demás mercados que sirven en ese mismo vuelo y que, en consecuencia, sin incorporar nuevos vuelos, las empresas del referido consorcio pueden aumentar su oferta de asientos disponibles para este mercado, con sólo tomar la decisión respectiva e implementarla en forma automática.

6.16.4. Finalmente, argumenta que las empresas que están en el mercado Santiago-Lima, como es el caso de GOL y de las que forman parte del consorcio TACA, pueden aumentar su oferta de asientos disponibles empleando aviones de mayor capacidad.

6.17. Para LAN todas las alternativas para aumentar la oferta en la ruta que se han consignado, sin que existan limitaciones preexistentes, demuestra claramente la diferente naturaleza entre el mercado de la aeronavegación comercial y el de las telecomunicaciones. En éste último, las frecuencias derivan su escasez de las limitaciones del espectro radioeléctrico, lo cual es un problema técnico del recurso necesario para acceder al mercado y la limitación rige para todos aquellos que deseen operar en el mercado. En cambio, en el mercado de la aeronavegación la limitación no rige para todos los actores sino sólo para aquellos a quienes se les

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aplica las restricciones a las frecuencias, como es el caso de los operadores chilenos en dicho mercado.

6.18. Sostiene que, por lo anterior, mediante la licitación de las frecuencias restringidas, los operadores nacionales ingresan a un mercado en el cual competirán con los demás actores en dicha ruta, sin limitaciones; en cambio, al mercado de las telecomunicaciones sólo se accede mediante el concurso público, no existiendo actores que hayan ingresado por otros medios o de orígenes diversos.

6.19. Para la requerida, esta radical diferencia de la naturaleza de ambos mercados impide cualquier asimilación entre ellos, ya que extrapolar las regulaciones del mercado de las telecomunicaciones al de aeronavegación produciría serias y graves distorsiones en la asignación de los recursos.

6.20. Indica que, adicionalmente; no deben aplicarse sin mayor análisis los razonamientos de la Sentencia N° 44/2006 al mercado Santiago-Lima pues, parte de los fundamentos de la sentencia se basan en que sólo es posible la competencia entre empresas aéreas que tengan un tamaño más o menos similar y enfoques de negocios también similares, basados en el aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito derivadas de un amplio rango de rutas y frecuencias, de donde deriva los incentivos para acumular frecuencias que tendría una empresa dominante, aprovechando el sistema de licitación pública de las mismas establecido en la Ley de Aviación y en el Reglamento.

6.21. LAN opina que, sin embargo, los actores en el mercado Santiago-Lima proporcionan un excelente ejemplo en contrario, ya que las empresas presentan tamaños y enfoques de negocios diversos, siendo eficientes competidores en la ruta. Ese es el caso de GOL, que es un importante competidor que ha alcanzado altos niveles de eficiencia y rentabilidad, no obstante no tener un tamaño en el tráfico internacional ni un esquema de negocios similar al de LAN, que es el principal actor en el mercado.

6.22. Por su parte, agrega, las compañías del consorcio TACA operan un avión Airbus 320, ofreciendo clase ejecutiva y económica en un vuelo que conecta en Lima con una amplia red de vuelos de estas empresas con destino a América del Norte, América Central y América del Sur, utilizando un porcentaje alto de sus aviones para transportar pasajeros entre Chile y varios países diferentes de Perú. A diferencia de GOL, en el caso de estas empresas sólo un 30% de los pasajeros que se transportan entre Santiago y Lima tiene por destino final ese país.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, el segundo tráfico más importante que realizan es entre Santiago y San José de Costa Rica -que representa el 26% de los pasajeros transportados- el cual no es servido por el resto de los operadores entre Lima y Santiago.

6.23. De esta forma, concluye, las tres compañías que participan en el mercado Santiago-Lima tienen tamaños y modelos de negocios muy diferentes, pero compiten activamente para los pasajeros chilenos que utilizan el transporte aéreo entre Santiago y Lima.

6.24. A continuación, la requerida señala que la experiencia que existe en materia de asignación de frecuencias por la vía de la licitación pública establecida en la Ley de Aviación indica que los valores ofertados por ellas han sido irrelevantes desde el punto de vista de los costos asociados a la explotación comercial de la ruta a que se refieren tales frecuencias.

6.25. Añade que la Ley de Aviación y el Reglamento establecen la facultad de la Junta de declarar abandonada una frecuencia, en el caso que una empresa no la opere regularmente en un plazo superior a seis meses, en cuyo caso debe proceder a su asignación mediante la licitación pública. Esta norma, en opinión de LAN, impide absolutamente que cualquier empresa se asigne las frecuencias con el propósito de acumularlas e impedir de tal forma el ingreso de nuevas empresas nacionales a servir el respectivo mercado.

6.26. Sostiene que no es efectiva la afirmación que la FNE formula en el requerimiento, en el sentido que LAN no habría utilizado dos de las frecuencias de que dispone en el mercado Santiago-Lima, pues ha utilizado sus 21 frecuencias semanales asignadas. Señala que en los meses de junio y septiembre de 2007 se operaron 83 y 85 frecuencias respectivamente, debido a la estacionalidad del mercado que tiene una temporada baja en dichos meses.

6.27. Indica que, de los 12 países que tienen un número de frecuencias limitadas para ejercer operaciones mixtas, por parte de las empresas chilenas en tercera y cuarta libertades, sólo en cuatro casos las compañías chilenas están usando la totalidad de las frecuencias acordadas por los países. En todos estos mercados, es posible que empresas extranjeras aumenten la oferta en vuelos sin escalas y por cierto lo pueden hacer en vuelos con escalas. Además estos casos representaron sólo el 13% de los pasajeros internacionales de Chile al mundo, en el año 2006.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.28. En mérito de lo expuesto, LAN Airlines S.A. solicita rechazar el requerimiento interpuesto por el Fiscal Nacional Económico en contra de la Junta de Aeronáutica Civil.

7. A fojas 156, y con fecha trece de diciembre de 2007, se recibió la causa a prueba, fijándose como hecho sustancial, pertinente y controvertido, el siguiente:

Efectividad de que las frecuencias aéreas internacionales restringidas, y el uso que de ellas se hace por quien las opera, constituyen una barrera a la entrada al mercado de transporte aéreo nacional e internacional tanto de carga como de pasajeros.

8. Documentos acompañados por las partes:

8.1. Por la FNE:

8.1.1. A fojas 8:

Copia de publicaciones efectuadas por la Subsecretaría de Transportes en el Diario Oficial los días 6 de septiembre y 8 de octubre de 2007.

Copia de las bases de licitación publicadas en el sitio web de la Junta de Aeronáutica Civil, www.juntadeaeronauticacivil.cl.

Copia de Ord. N° 730, de la JAC, que informa que en junio de 2007 LAN operó 19 de las 21 frecuencias asignadas en la ruta Santiago-Lima.

8.1.2. A fojas 368:

“Decisions on air transport licenses and route licenses”, de United Kingdom Civil Aviation Authority.

“UK – India Air Services. A Case Study in Liberalization”, de United Kingdom Civil Authority.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 10 de julio de 2002.

Estadísticas de tráfico de pasajeros por líneas aéreas en Perú para el año 2007.

Páginas 30 y 31 de la memoria de LAN Airlines S.A. correspondiente al año 2006.

Informe “Política Comercial Estratégica en el Mercado Aéreo Chileno” de Ronald Fischer. En síntesis, este informe estudia la optimalidad de diferentes políticas aerocomerciales en un contexto de competencia imperfecta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El autor plantea un modelo teórico que busca medir el bienestar social bajo distintos escenarios de libertad de vuelos. Plantea en sus resultados que, un aumento en la libertad siempre aumentará el bienestar ante una estructura de mercado determinada, pero el aumento es mayor bajo reciprocidad. Además, a medida que se les dé menor importancia relativa a los consumidores, cada vez será más ventajosa una situación en que la asimetría beneficia al país bajo análisis. A medida que aumenta la competencia en los mercados, los consumidores adquieren mayor peso relativo, por lo que la política óptima se acercará al otorgamiento de mayores libertades, aún sin reciprocidad.

De acuerdo al razonamiento expuesto por el autor, en el caso de aumentar las frecuencias manteniendo las libertades, los beneficios de este aumento se los llevarían los consumidores, salvo que hayan sido las propias empresas quienes hayan solicitado el aumento.

El autor estima el valor social de una frecuencia adicional, llegando a un resultado de entre 2 y 10 millones de dólares anuales.

8.1.3. A fojas 1427:

Estadísticas de tráfico doméstico regular en Perú, informadas por la DGAC de dicho país.

“Competition and Entry in Small Airline Markets”, de Peter Reiss y Pablo Spiller.

“Airline Mergers and Alliances”, OECD.

“The Effects of Frequent Flyer Programs at Dominated Airports: Evidence from Partnerships”, Mara Lederman, Rotman School of Management, University of Toronto.

“Barreras a la Entrada en el Mercado Aéreo”, Aldo González, Departamento de Economía Universidad de Chile.

Documento “Conclusiones respecto a información entregada por LAN en el informe ‘Relación entre el tráfico doméstico chileno transportado por LAN y los mercados internacionales’” elaborado por la FNE, de carácter confidencial. Se acompañó una versión pública a fojas 1654.

Documento “Efecto de la entrada de GOL en el mercado”, elaborado por la FNE, de carácter confidencial. Se acompañó una versión pública a fojas 1654.

8.1.4. A fojas 1654, versión pública de los documentos “Conclusiones respecto a información entregada por LAN en el informe “Relación entre el tráfico doméstico chileno transportado por LAN y los mercados internacionales” y “Efecto de la entrada de GOL en el mercado”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.2. Por la JAC:

8.2.1. A fojas 61:

- Copia del estudio “Organización Industrial del Transporte Aéreo en Chile, de don Claudio Agostini. Este informe realiza una revisión de la literatura, destacando tres áreas relevantes:

a) Efectos de la presencia y participación de una aerolínea dominante en los distintos aeropuertos del país. Respecto a los resultados de la literatura, señala que la evidencia empírica muestra que en aeropuertos con una aerolínea dominante, las tarifas son más altas en promedio. Existen 2 hipótesis respecto al rol que juega la presencia en el aeropuerto: por una parte, las redes del tipo “*hub and spoke*” generan economías por el lado de la demanda, y ventajas de costo. Por otro lado, es posible que el control de los aeropuertos le permita a las incumbentes tener una ventaja estratégica respecto a potenciales entrantes, mediante influencia en la operación del aeropuerto.

b) Rol de los programas de viajero frecuente. Un programa de este tipo hace que los servicios de una aerolínea sean incompatibles con los ofrecidos por la competencia, generando una desventaja para un potencial entrante, a no ser que éste pueda entrar con una red suficientemente grande como para competir.

c) Rol de los sistemas de reserva computacional, y participación de una aerolínea dominante en la propiedad de éstos, y potenciales efectos anticompetitivos.

Posteriormente, describe el funcionamiento del mercado aeronáutico nacional, concluyendo que, en general, los mercados son bastante competitivos para el nivel de concentración existente. Sin embargo, algunas características de la industria dificultan una entrada rápida y suficiente por parte de un nuevo competidor. Identifica tres áreas donde hay espacio para que exista poder de mercado, en las que se deberían implementar políticas públicas que prevengan que dicho poder se utilice.

i) Incentivos no lineales para consumidores y agencias de viajes.

ii) Integración vertical (incluso parcial) de las líneas aéreas en los aeropuertos y en los sistemas de reserva.

iii) Rol de la autoridad para facilitar la entrada en los mercados y generar información que permita detectar fácil y rápidamente prácticas que atenten contra la libre competencia.

- Copia del acta de Reunión de Consulta de Autoridades Aeronáuticas Civiles de la República del Perú y la República de Chile de marzo de 2007.

- Copia de manifestaciones de interés de los tres operadores nacionales de participar en la licitación de siete frecuencias directas entre Santiago y Lima.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Copia de las bases de licitación para siete frecuencias directas entre Santiago y Lima.
- Copia de aviso publicado en el Diario Oficial y en el Diario La Nación, de 8 de octubre de 2007.
- Copia del Decreto N° 50 de 2007, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de 6 de septiembre de 2007.
- Copia de la Declaración de Alcance que se efectuó en el marco del proceso de Consulta Pública para un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.
- Copia de la Opinión de la Fiscalía Nacional Económica en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.
- Copia de la Opinión de Sky Airlines en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.
- Copia de la Opinión de LAN Airlines en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.
- Copia de la Opinión de Libertad y Desarrollo en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.
- Copia de la Opinión sobre posibles cambios al Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales de Augusto Iglesias.
- Copia de Comentarios a la propuesta de modificación de Asignación de Frecuencias Aéreas de don Ricardo Paredes M.
- Copia de un conjunto de información que fue intercambiada entre las autoridades de Perú y de Chile, que refleja la intención de seguir negociando libertades aéreas.
- Copia de los oficios N° 730, de 20 de julio, y N° 1010, de 14 de septiembre de 2007.
- Copia del estudio “Desafiabilidad de la Ruta Aérea Santiago – Lima y la eficiencia del sistema de Licitación de Frecuencias”, de Andrea Alvarado Duffau, en que se sostiene que la ruta Santiago – Lima es la cuarta en importancia, considerando tráfico internacional (más del 6% del tráfico internacional de Chile entre 2005 y 2006). La clasifica como una “ruta saturada”, dado su crecimiento y el hecho que esté restringida. Dicha saturación habría motivado a las autoridades chilenas a negociar mayores libertades con Perú.

A continuación analiza el requerimiento de la FNE, argumentando que no se puede concluir que la acumulación de frecuencias constituya una barrera a la entrada significativa, puesto que actualmente, la ruta es atendida por operadores nacionales y extranjeros. Adicionalmente, existen eventuales aumentos de oferta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por eventuales competidores, con un costo de entrada muy bajo. Por último, en el caso de los operadores nacionales, esta barrera se mantendría sólo por un período de 5 años.

En opinión de la informante, si bien puede ser cierto que la valoración de una frecuencia por parte de una dominante es superior que la de sus potenciales competidores, esto no implica que esa mayor valoración se explique por una intención de cerrar el mercado; puede deberse a ventajas de competencia de la incumbente, que le otorgue ventajas de costos. Además, el acumular frecuencias tendría un costo elevado para la dominante, pues debe operar la frecuencia.

Respecto a las frecuencias como insumos esenciales, precisa que lo son sólo respecto de los operadores aéreos nacionales.

En lo tocante al mercado relevante, la autora incluye los vuelos con escalas –que impliquen tarifas globales menores a los pasajeros-, sobre todo en el segmento de demanda más sensible a los precios. Describe tanto la oferta actual como la oferta potencial en este mercado, concluyendo que existe un grado importante de competencia en la ruta, más allá del número de aerolíneas que en la práctica están operando actualmente.

Utiliza el ejemplo de la entrada de GOL a la ruta Santiago – Lima como evidencia de competencia en este mercado. El hecho que entrara una línea de bajo costo a competir con una línea aérea “tradicional” en un tramo corto, habría obligado a LAN a disminuir sus precios.

Compara índices de concentración de rutas restringidas y no restringidas, mostrando que no existe una correlación clara entre una y otra variable.

Finalmente, defiende el mecanismo de licitación actualmente utilizado (licitación por precio a sobre cerrado).

- Copia del estudio “Estudio sobre entrada en la Industria Aérea” de Aldo González Tissinetti.

- Copia del Formulario de Información de Transporte Aéreo enviado a la OACI.

8.2.2. A fojas 802:

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-Brasil, Chile-Uruguay y Chile-México, de 24 de enero de 1997.

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-Perú, de 19 de noviembre de 1997.

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-Alemania, de 4 de mayo de 1998.

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-Brasil, de 20 de junio de 2005.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-España, de 4 de julio de 2005.

Acta de llamado a licitación para asignar 7 frecuencias directas con derechos de tercera y cuarta libertad en la ruta Santiago-Lima, de 24 de enero de 2008.

Copia de la Opinión de la Fiscalía Nacional Económica en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.

Copia de la Opinión de Sky Airlines en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.

Copia de la Opinión de LAN Airlines en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.

Copia de la Opinión de Libertad y Desarrollo en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.

Copia de la Opinión sobre posibles cambios al Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales de Augusto Iglesias.

Copia de Comentarios a la propuesta de modificación de Asignación de Frecuencias Aéreas de don Ricardo Paredes M.

Copia de la Resolución Exenta N° 016 de 24 de enero de 2008, de la JAC, que aprueba Acta de Asignación de siete frecuencias directas con derechos de tercera y cuarta libertad en la ruta Santiago-Lima.

8.2.3. A fojas 875, copia de oficio enviado por el Secretario General de la JAC al Gerente Comercial de Sky Airlines, en que consta que dicha compañía posee siete frecuencias internacionales en la ruta Chile-España.

8.2.4. A fojas 900, en respuesta a oficio emitido por el TDLC a fojas 858, información relativa al monto de las garantías ofrecidas en el proceso de licitación de frecuencias Santiago – Lima de 24 de enero de 2008, e información proporcionada por LAN a este organismo con motivo del plan de autorregulación tarifaria.

8.2.5. A fojas 990, información relativa al monto de las garantías ofrecidas por Air Comet y Sky Airline en el proceso de licitación de frecuencias Santiago – Lima de 24 de enero de 2008.

8.2.6. A fojas 1558, informa respecto de las frecuencias restringidas disponibles y asignadas a empresas chilenas de transporte aéreo de pasajeros desde 1997 a la fecha.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.2.7. A fojas 1735, utilización semanal de las frecuencias asignadas a LAN en los trayectos Santiago – Lima, Santiago – Madrid, Santiago – México y Santiago – Brasil. A fojas 1740 se acompañó la misma información en formato electrónico.

8.2.8. A fojas 1772, información que LAN entregó a JAC, respecto al uso de frecuencias aéreas internacionales restringidas desde 1997 a la fecha.

8.3. Por LAN Airlines:

8.3.1. A fojas 200:

Fotocopia de demanda civil de indemnización de perjuicios efectuada por Aerolíneas DAP en contra de LAN Chile S.A., hoy LAN Airlines S.A., y de la presentación efectuada en dicho litigio con fecha 14 de noviembre de 2007.

8.3.2. A fojas 379:

Fotocopia de artículo publicado en diario El Mercurio, de fecha 22 de febrero de 2007.

Fotocopia de artículo publicado en el Diario Financiero, de fecha 14 de mayo de 2007.

Fotocopia de artículo publicado en el Diario Financiero, de fecha 13 de julio de 2007.

Fotocopia de artículo publicado en el diario La Tercera, de fecha 16 de octubre de 2007.

Fotocopia de artículo publicado en el diario La Nación, de fecha 17 de octubre de 2007.

Fotocopia de artículo publicado en diario El Mercurio, de fecha 29 de octubre de 2007.

Fotocopia de artículo publicado en el Diario Financiero, de fecha 6 de diciembre de 2005.

8.3.3. A fojas 548:

Informe “Análisis Económico de la Asignación de Frecuencias Aéreas Santiago – Lima”, de Alejandro Jadresic y Marcelo Villena. En este informe, se argumenta que la estructura de mercado no es el fin de la política pública en el sector, sino “contar con servicios de transporte aéreo de la mejor calidad, eficiencia y al menor costo”. Luego, excluir a un participante de comprobada competitividad internacional y eficiencia, que poseería economías de escala y de densidad, difícilmente implicará mayores niveles de eficiencia y mayores niveles de bienestar social. De haber un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

nuevo entrante competitivo, no sería necesario excluir al dominante para asegurar el éxito del primero, pues éste tendría los incentivos adecuados para hacer una mejor oferta al momento de licitarse las nuevas frecuencias.

Los autores caracterizan la oferta de vuelos, identificando la presencia de economías de escala, densidad y ámbito (estas últimas potenciadas por el sistema “*hub and spoke*”). Por su parte, caracterizan la demanda por vuelos, especificando que existen 2 tipos de viajeros: por negocios (elasticidad precio baja, importancia a flexibilidad horaria y tiempo de viaje) y por motivos personales (elasticidad precio alta, menos sensible al tiempo de viaje). Sostienen que los consumidores valoran más los vuelos directos; pero en caso de haber conexiones, se preferirán aquellas operadas por una misma aerolínea (economías de ámbito por el lado de la demanda). Lo anterior se potencia con la existencia de programas de viajero frecuente.

La existencia de economías de redes (tanto en demanda como en oferta) darían a las compañías más grandes ventajas de competencia sobre las más pequeñas. Sin embargo, las aerolíneas pequeñas también pueden operar eficientemente; argumentan que lo importante es contar con rutas rentables.

Respecto al caso de autos, señalan que no existe relación económica relevante entre la ruta Santiago-Lima y el servicio nacional, pues las eventuales economías de redes serían poco significativas. Argumenta que aún cuando existieran economías de red, no tendría sentido que nuevos entrantes privados comiencen a explotarlas en los mercados con frecuencias restringidas, cuya evolución depende de la autoridad administrativa.

Limitar la participación del principal oferente nacional en los mercados internacionales puede en opinión de los autores, disminuir su competitividad frente a la competencia actual y potencial, disminuyendo el bienestar social por menor competencia, y un menor excedente del productor local, a favor de firmas extranjeras.

Argumentan que sólo si el mercado se encuentra concentrado, y las firmas dominantes ejercen su poder de mercado, éstas tendrán incentivos para restringir su número de vuelos o de pasajeros transportados. Si el mercado es desafiante, una mayor oferta de frecuencias sólo aumentará el bienestar social si las nuevas frecuencias reducen los costos de transporte. Luego, no es indiferente a quién se le asignen las nuevas frecuencias.

Sostienen que, en general, el valor marginal de las frecuencias para una potencial empresa entrante será equivalente a las utilidades que pueda obtener al operar dicha frecuencia. Luego, las firmas con menores costos marginales (en relación con su competencia) tendrán incentivos a pagar más por ellas. Lo anterior no es

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cierto en el caso de una firma incumbente con poder de mercado, que tiene incentivos a proteger rentas. En cualquier caso, argumentan los autores, el resultado depende de la capacidad de la firma incumbente de mantener un precio mayor al competitivo, impidiendo la reacción de otros competidores o la entrada de nuevos.

Por último, los autores analizan los pro y los contra de los mecanismos de asignación de frecuencias por adjudicación directa, *beauty contests*, y subastas, concluyendo que este último mecanismo es el más eficiente. Sostienen que el mecanismo podría contemplar algunas exigencias para asegurar el uso de las frecuencias.

Informe “Licitación de Frecuencias Restringidas: El Caso de la Ruta Aérea Santiago - Lima”. P. Rojas + Asociados. El informe expone que de los 45 países que tienen tratados con Chile, 34 tienen cielos abiertos en 3ª y 4ª libertad. En 11 países hay frecuencias limitadas, y en 6 casos las compañías chilenas están usando la totalidad de las frecuencias acordadas (Alemania, Perú, México, Francia (París), Australia y Venezuela). Estos casos son un 16,5% de los pasajeros internacionales de Chile al mundo en 2006. En los casos en que las restricciones a las empresas chilenas están activas, hay empresas extranjeras que pueden realizar más servicios, aumentando la oferta disponible.

El informe afirma que no existe correlación entre la concentración en rutas y la existencia de frecuencias restringidas. Los antecedentes indicarían que la concentración de mercado tiende a ser normalmente elevada.

Respecto a las frecuencias de vuelo, argumenta que el sistema de licitaciones aplicado en Chile no ha sido una limitante de otras empresas al mercado chileno internacional. Las escasas veces en que se ha empleado el remate, se deben a que casi siempre el único interesado ha sido LAN. Cuando ha habido remates, los montos en que han sido adjudicadas las frecuencias no ha sido un costo significativo para estas operaciones.

Según el informe, dada la competencia de aerolíneas internacionales en las rutas licitadas, contar con una frecuencia es sólo una condición necesaria pero no suficiente para que una aerolínea tenga probabilidades de éxito en el mercado internacional.

Sostiene que el hecho que la empresa dominante tenga mayor probabilidad de adjudicarse gran parte de las frecuencias, es resultado de sus propias ventajas de competencia, lo que va en beneficio del consumidor. De acuerdo al autor, no tiene sentido que el dominante acumule frecuencias para bloquear a la competencia de aerolíneas nacionales, pues es inevitable que compita con operadores extranjeros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El hecho que existan empresas con distintos modelos de negocios, sumado a las eficiencias de cada aerolínea, hace factible que empresas de distinto tamaño puedan competir de forma efectiva en una licitación de frecuencias.

Afirma que la asignación de frecuencias no es comparable a la asignación de espectro radioeléctrico, debido a la posibilidad de que operadores internacionales entren a competir (la oferta de vuelos sin escalas, teóricamente, podría aumentar de forma ilimitada), y la posibilidad de que un operador nacional compita mediante vuelos con escalas, servicio que sería un sustituto casi perfecto de la frecuencia limitada y que no enfrenta restricciones.

Si LAN pudiera aumentar arbitraria y abusivamente los precios de los vuelos Santiago – Lima, las empresas existentes podrían aumentar rápidamente la oferta de servicios de vuelo modificando el uso de los asientos existentes, o cambiando los aviones utilizados en el trayecto.

Argumenta que, dado este escenario, la propuesta de la FNE resulta inadecuada del punto de vista de la eficiencia económica y de la libre competencia. El hecho que la empresa dominante disponga de mayores economías de ámbito, densidad o red resultaría socialmente beneficioso, puesto que al operar en un mercado competitivo los beneficios derivados de su mayor eficiencia serían traspasados al consumidor.

De acuerdo al autor, los antecedentes no permiten aseverar que LAN busca acaparar frecuencias, sino que busca explotar la creciente demanda por servicios de transporte aéreo en ese tramo. Además, las aerolíneas entrantes no necesariamente se verán beneficiadas con una asignación de frecuencias a su favor, puesto que ello no garantiza que sean exitosas en la explotación de las frecuencias restringidas.

El autor afirma que no es posible esperar beneficios del ingreso artificial de un nuevo entrante, pues se generan costos de ineficiencia en el corto plazo que, con alta probabilidad, llevarán a una situación insostenible en el largo plazo, dado el dinamismo y nivel de competencia en el mercado aéreo internacional. Por último, sugiere modificaciones de norma respecto a los códigos compartidos.

Informe “Asignación de Frecuencias Aéreas y Barreras a la Entrada: Aplicación a Ruta Santiago - Lima”. Christian Larraín, José Miguel Cruz, que indica lo que se describe a continuación.

El problema de la asignación inicial: desde un punto de vista teórico, existen 3 categorías de distribución de un recurso escaso: un sistema aleatorio (lotería), un sistema de asignación en base a algún criterio de elegibilidad (no monetario), y una subasta o licitación (monetario).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El sistema aleatorio no es muy utilizado en este tipo de asignaciones, principalmente porque no involucra consideraciones ni de eficiencia ni de recaudación.

El sistema basado en reglas administrativas suele exigir a las empresas presentar un “plan de servicios aéreos”. No es evidente que este sistema mejore las posibilidades de beneficiar a las empresas no dominantes, en la medida que la empresa dominante comúnmente estará en mejor pie para cumplir con los criterios técnicos predeterminados. Además, al ser subjetivo, genera problemas de falta de transparencia, riesgo de comportamientos arbitrarios, posibles problemas de corrupción, y el riesgo de asignar las frecuencias a empresas ineficientes. Sólo en el caso de un monopolio en la ruta, este mecanismo de asignación podría ser eficiente.

Los sistemas basados en subastas son objetivos, y favorecen el logro de eficiencia en la asignación. Existen 4 tipos básicos de subasta: ascendente (abierta, oral, inglesa), descendente (holandesa), de sobre sellado de primer precio, de sobre cerrado de segundo precio (Vickrey). En condiciones no plenamente competitivas, el diseño de la subasta importa. Después de analizar las alternativas, postula que las subastas de sobre cerrado muy probablemente atraerán más la entrada que las subastas ascendentes.

Postula que la transabilidad de las frecuencias, en condiciones competitivas, haría irrelevante la asignación inicial de frecuencias aéreas. Esto no es cierto bajo condiciones de mercado no competitivo, por lo que sigue siendo importante tener un modelo de licitación de frecuencias que tenga dentro de sus objetivos crear condiciones más favorables para la entrada.

Para eliminar el problema que se generó con el nuevo modelo de licitación de la JAC (de exposición de las valoraciones por las frecuencias), los autores proponen un mecanismo de subasta por paquetes de frecuencias.

Los autores se refieren a la importancia de utilizar las frecuencias, de forma que la empresa dominante no restrinja la cantidad ofrecida para abusar de su posición. No existen criterios de qué se entiende por “operación regular de una frecuencia”; los autores proponen definir un número máximo de semanas al año sin que la frecuencia se utilice, y además definir un número mínimo de asientos a ofrecer por año. Lo anterior, sólo en el caso de frecuencias restringidas donde exista una situación de dominio.

Al analizar las frecuencias aéreas como barreras a la entrada, los autores argumentan que, dadas las economías de redes existentes en la industria, y su papel en la construcción de ventajas de competencia, es altamente discutible que la acumulación de frecuencias pueda, per se, ser una estrategia para erigir

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

barreras a la entrada. En el caso extremo de una situación de monopolio, se esperaría este resultado. Luego, es relevante saber cuál es el grado de competencia en esta industria; y en particular, en el tramo Santiago – Lima.

Los autores analizan la evolución de la ruta en los últimos años, señalando que la demanda por viajes en la ruta decreció en 2003, recuperándose posteriormente. La entrada de Gol es interpretada como un aumento de la oferta en un mercado restringido, lo que explicaría la caída en precios observada. Los autores consideran que la entrada de Gol fue “probable”, “oportuna” y “suficiente en magnitud” como para considerar que aumentó la competencia en el mercado. Advierte que hay que tener ojo con posibles prácticas predatorias en estos casos. Por último, encuentra que la rentabilidad promedio de LAN no es excesiva (aunque no tiene información respecto de la rentabilidad de la ruta).

Afirman que sostener que LAN podría abusar de su posición de dominio en esta ruta es irreal, dados los potenciales aumentos de oferta de competidores existentes y de potenciales entrantes disciplinarían el mercado. Adicionalmente, si se amplía el mercado relevante a los vuelos con escalas, aumenta aún más la entrada potencial.

8.3.4. A fojas 588, certificado suscrito por el Fiscal de LAN Airlines, donde consta que el directorio de la compañía revocó los poderes de actuación de José Miguel Bambach Salvatore.

8.3.5. A fojas 672:

Informe “Licitación pública para frecuencias aéreas internacionales”, de don Alejandro Silva Bascuñán.

Informe “Informa en Derecho acerca del régimen de asignación de frecuencias aéreas internacionales a empresas aéreas nacionales” de don Lautaro Ríos Álvarez.

8.3.6. A fojas 910:

Informe “Relación entre el tráfico doméstico chileno transportado por LAN y los mercados internacionales”, que incluye verificación de la información por parte de los auditores independientes Price Waterhouse Coopers.

Informe “Relación entre el tráfico doméstico chileno transportado por todas las líneas aéreas y el tráfico total internacional”, que incluye verificación de la información por parte de los auditores independientes Price Waterhouse Coopers.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.3.7. A fojas 963, documento denominado “Anexo N° 1”, que contiene la descripción detallada del procedimiento utilizado para obtener la información en el portal web de la JAC respecto del tráfico doméstico e internacional respecto de Chile y, asimismo, la información arrojada mediante dicho proceso.

8.3.8. A fojas 1514:

Carta dirigida por LAN Airlines al Secretario General (S) de la Junta de Aeronáutica Civil con fecha 23 de enero de 2008, en que se precisa que la participación de LAN en la licitación de las frecuencias no implica renuncia a las argumentaciones sostenidas en este proceso.

Acta de Acuerdo entre las Autoridades Aeronáuticas del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Chile, suscrito el 26 de marzo de 2008 por el Secretario General (S) de la Junta de Aeronáutica Civil y don Mark Rodmell del Departamento de Transporte, en la que se da cuenta de los acuerdos adoptados entre las delegaciones de ambos países, los que incluyen, en la política de cielos abiertos, la posibilidad de realizar cabotaje.

8.3.9. A fojas 1636, documento denominado “Información relativa a la licitación de siete frecuencias Santiago-Lima-Santiago de enero de 2008, y costos de operación de un vuelo Santiago-Lima-Santiago”, preparado por la administración de LAN.

8.3.10. A fojas 1748, copia del acta de reunión celebrada el 4 de julio de 2008, entre las autoridades aeronáuticas de España y Chile, en la que se acordó entre otras materias, liberalizar los tráficos de tercera y cuarta libertad entre ambos países.

8.3.11. A fojas 1786, información respecto de la operación efectiva de cada una de las frecuencias restringidas asignadas desde 1997 a la fecha.

8.4. Por SKY Airline S.A.:

8.4.1. A fojas 584:

- i. Acta del llamado a licitación para asignar 7 frecuencias directas con derechos de tercera y cuarta libertad en la ruta Santiago – Lima, de 24 de enero de 2008.
- ii. Actas de asignación de dichas frecuencias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.4.2. A fojas 896, copia autorizada de carta enviada por el Presidente de la República del Perú al Gerente General de Sky Airline S.A., manifestándole el interés de su país por contar con la presencia en dicho mercado de Sky Airline.

8.4.3. A fojas 1013, fotocopia de las diez boletas de garantía presentadas en el proceso de licitación de siete frecuencias directas Santiago – Lima de 24 de enero de 2008.

8.5. Por TACA:

8.5.1. A fojas 556, en respuesta a oficio ordenado remitir a fojas 380, y solicitado por la FNE a fojas 224, acompaña información relativa a sus vuelos Santiago-Lima.

8.5.2. A fojas 887, en respuesta a oficio ordenado remitir a fojas 858, acompaña nueva información relativa a sus vuelos Santiago-Lima.

8.6. Por GOL, a fojas 804, en respuesta a oficio ordenado remitir a fojas 380 y solicitado por la FNE a fojas 224, acompaña información relativa a sus vuelos Santiago-Lima.

8.7. Por la Dirección General de Aeronáutica Civil:

8.7.1. A fojas 899, en respuesta a oficio emitido por el TDLC a fojas 858: información relativa a frecuencias restringidas disponibles y asignadas a empresas chilenas de transporte aéreo público de pasajeros desde 1997 a la fecha, y frecuencias restringidas efectivamente operadas por las empresas nacionales a las que se les entregó, con periodicidad mensual.

8.7.2. A fojas 993, información relativa a itinerarios de vuelos Santiago – Lima, tiempos de viaje y cantidad de asientos de aviones operados por las empresas que ofrecen estos vuelos.

8.8. Por COPA Airlines:

8.8.1. A fojas 904, en respuesta a oficio ordenado remitir a fojas 858, información relativa a su operación.

8.8.2. Por GOL

8.8.3. A fojas 1001, antecedentes relativos a la operación de sus vuelos.

9. Testimonial rendida por las partes:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

9.1. Por la FNE:

A fojas 223 bis, don Rafael Enrique Santibáñez Santis.

A fojas 381, don Aldo Patricio González Tissinetti.

A fojas 395, don Javier Edmundo Hanson Bustos.

A fojas 409 bis, doña Andrea Lorena Alvarado Duffau.

A fojas 552 bis, don Enrique Meliá Soriano.

9.2. Por LAN:

A fojas 552 bis 14, don Alejandro Daslav Jadresic Marinovic.

A fojas 560, don Patricio Sandro Rojas Ramos.

A fojas 820, don Christian Eduardo Larraín Pizarro.

10. Absoluciones de posiciones:

A fojas 833, absolvió posiciones don Enrique Miguel Cueto Plaza, en representación de LAN Airlines S.A.

A fojas 838, absolvió posiciones don Víctor Alejandro Miguel de la Fuente Goic, en representación de LAN Airlines S.A.

A fojas 843, absolvió posiciones don Armando Federico Valdivieso Montes, en representación de LAN Airlines S.A.

A fojas 848, absolvió posiciones don Ignacio Javier Cueto Plaza, en representación de LAN Airlines S.A. Sus respuestas fueron complementadas a fojas 879 y 916.

11. Exhibición de documentos:

A fojas 574 bis 273, se realizó la audiencia de exhibición de documentos de JAC y LAN solicitada por la FNE a fojas 226 y 228 respectivamente. Se exhibieron los siguientes documentos, quedando copia de ellos en el expediente:

Por parte de JAC:

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-Brasil, Chile-Uruguay y Chile-México, de 24 de enero de 1997.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-Perú, de 19 de noviembre de 1997.

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-Alemania, de 4 de mayo de 1998.

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-Brasil, de 20 de junio de 2005.

Acta de llamado a licitación por frecuencias disponibles Chile-España, de 4 de julio de 2005.

Acta de llamado a licitación para asignar 7 frecuencias directas con derechos de tercera y cuarta libertad en la ruta Santiago-Lima, de 24 de enero de 2008.

Copia de la Opinión de la Fiscalía Nacional Económica en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.

Copia de la Opinión de Sky Airlines en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.

Copia de la Opinión de LAN Airlines en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.

Copia de la Opinión de Libertad y Desarrollo en relación con la redacción de un nuevo Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales.

Copia de la Opinión sobre posibles cambios al Reglamento de Asignación de Frecuencias Aéreas Internacionales de Augusto Iglesias.

Copia de Comentarios a la propuesta de modificación de Asignación de Frecuencias Aéreas de don Ricardo Paredes M.

Información respecto del plan de autorregulación de LAN Airlines, acompañada de forma confidencial a fojas 851.

Por parte de LAN:

Actas y actos administrativos en que constan las asignaciones de frecuencias internacionales restringidas efectuadas a su representada y a sus relacionadas (LAN Airlines, LAN Perú, LAN Ecuador, LAN Argentina, MAS AIR (México, carga) y ABSA (Brasil, carga).

A fojas 818, se realizó la audiencia de exhibición de documentos de Sky solicitada por LAN a fojas 674. Se exhibieron los siguientes documentos, quedando copia de ellos en el expediente:

Copias de certificados emitidos por la JAC, respecto de la autorización de Sky para operar las siguientes rutas internacionales:

- iii. Santiago-Buenos Aires, 14 vuelos semanales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- iv. Chile-Brasil, 7 frecuencias semanales.
- v. Arica-La Paz, 4 vuelos semanales.
- vi. Chile-España, 7 frecuencias semanales.

12. La FNE y LAN formularon observaciones respecto de la prueba rendida a fojas 1427 y 1514, respectivamente.

CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas

Primero. Que a fojas 395, LAN formuló tacha respecto del testigo señor Javier Hanson Bustos, presentado por la parte de la Fiscalía Nacional Económica invocando la causal establecida en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. Funda las tachas en que el Sr. Hanson declaró, en su calidad de empleado de Air Comet, que tiene un interés en el resultado del juicio por que lo discutido versa sobre frecuencias internacionales en las que dicha empresa está interesada por lo que carecería de la imparcialidad necesaria para declarar en el proceso;

De esa tacha se confirió traslado, el que fue contestado por la FNE a fojas 396 quien solicitó que fueran rechazadas, pues la causal invocada se refiere a la existencia de un interés de carácter económico o pecuniario del que el testigo carece. Agregó que Air Comet no es parte en el juicio y sólo posee una mera expectativa de asignarse frecuencias en la ruta Santiago Lima. La parte de Sky en la misma foja adhirió a lo expuesto por la requirente;

Segundo. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha deducida, ésta será rechazada, por considerar este Tribunal que no es posible establecer la existencia de un interés económico del testigo de las circunstancias invocadas como fundamento de la misma, pues el mero hecho de ser dependiente de una empresa, en la época competidora de LAN, no permite configurar la inhabilidad alegada. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

Tercero. Que a fojas 552 bis 1, LAN formuló tacha respecto del testigo señor Enrique Meliá Soriano, presentado por la parte de la Fiscalía Nacional Económica, invocando la causal establecida en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. Funda las tachas en que el Sr. Meliá era gerente de Air Comet al momento de prestar su testimonio y, por lo tanto, en concepto de esa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

parte, tiene un interés en el resultado del juicio que afectaría su imparcialidad toda vez que, si se excluye a LAN del proceso de asignación de frecuencias, la compañía que representa el testigo aumentaría sus posibilidades de adjudicárselas, lo que podría redundar en una mejora de las remuneraciones variables del Sr. Meliá, al crecer las operaciones de la compañía.

La parte de Sky Airlines, evacuando el traslado en la misma foja, solicitó el rechazo de la tachada interpuesta pues se funda en deducciones de la parte que la formula y no emana de las declaraciones del testigo. Además, sostuvo, Air Comet sólo posee una mera expectativa de asignarse frecuencias en la ruta Santiago Lima. La parte de la FNE, a fojas 552 bis 2 adhirió a lo expuesto por su coadyuvante en autos, agregando que el hecho de que Air Comet se adjudique frecuencias en la ruta en cuestión, no le asegura utilidades;

Cuarto. Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tachada deducida, ésta será rechazada, por considerar este Tribunal que no es posible establecer la existencia de un interés económico del testigo a partir de las circunstancias invocadas como fundamento por LAN, pues no se desprende de lo declarado por él, ni se acreditó de otra forma, que el Sr. Meliá pudiese ver incrementadas sus remuneraciones en función del resultado de este proceso. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22º, inciso final, del Decreto Ley Nº 211;

En cuanto al fondo

Quinto. Que el Sr. Fiscal Nacional Económico presentó un requerimiento ante este Tribunal, en el que solicita se modifiquen las Bases de Licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil, con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima. Solicita tal modificación a fin de que se incorpore a las referidas bases el criterio de la competencia que genere la asignación de las frecuencias, atendida la gran concentración del mercado y el poder que ostenta en el mismo la empresa dominante LAN. Ello en razón de que la aerolínea mencionada valora más estos insumos pues ya dispone de gran parte de ellos y, además, tiene incentivos para acaparar frecuencias a objeto de resguardar su posición de dominio. Para tal fin, en opinión del Sr. Fiscal, debe tenerse en vista la posibilidad de limitar la cantidad de frecuencias de cada empresa en la ruta, así como el número de aerolíneas operando en ella y la posibilidad de entrada de nuevos operadores a la misma;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexto. Que la FNE considera que el llamado a licitación de estas frecuencias restringidas por parte de la autoridad requerida, sólo en base a ofertas monetarias como factor de asignación, contradice las recomendaciones de este Tribunal contenidas en su Sentencia N° 44/2006, en orden a que una subasta por mayor oferta monetaria no cumple con el objetivo de fomentar la competencia;

Séptimo. Que la aerolínea SKY Service S.A. ha actuado en estos autos como coadyuvante de la FNE, planteando la conveniencia de excluir a LAN de participar en la licitación de las siete frecuencias a Perú, por existir una estrecha relación entre la posibilidad de competir en el mercado de transporte aéreo local y los vuelos internacionales ofrecidos por la misma línea aérea;

Octavo. Que la Junta de Aeronáutica Civil, contestando el requerimiento, solicita sea rechazado, argumentando que es su obligación realizar la asignación de las frecuencias en cuestión según las normas legales y reglamentarias vigentes que, en su opinión, sólo permiten hacerlo mediante licitaciones públicas en base a ofertas monetarias e impiden excluir del proceso a algún operador. Agregó que en esta licitación en particular ya promovió algunas mejoras al reglamento respectivo, sugeridas por la Sentencia N° 44/2006, en orden a reemplazar el sistema de subasta a viva voz por uno en el que las ofertas se presentan en sobre cerrado;

Noveno. Que, además, la autoridad aeronáutica indica que, en el caso que motiva este proceso, debía licitar las frecuencias recientemente pactadas con Perú en un lapso breve, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la negociación respectiva, la saturación de la ruta Santiago-Lima y las altas tasas de ocupación de las aeronaves que la sirven;

Décimo. Que, en opinión de la JAC, la empresa mayoritaria en la ruta, LAN - cuyo poder de mercado se explica, principalmente, por su presencia en el *hub* (centro de operaciones) del aeropuerto de Santiago y por las economías de escala y de ámbito de las que disfruta- probablemente puede hacer una mayor valoración de las frecuencias restringidas debido a su mayor eficiencia productiva;

Undécimo. Que, por último, añade que el tráfico aéreo internacional se encuentra abierto para transportadores nacionales y extranjeros, por lo que diversas compañías pueden entrar a cualquier mercado que vincule a Chile utilizando la reciprocidad de derechos o acuerdos de quinta libertad, prestando servicios de transporte sustitutos a los que presta la empresa dominante y ampliando de esta manera significativamente la oferta. Así lo harían, por ejemplo, empresas como LACSA-TACA y GOL, aerolínea esta última que opera con ofertas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de bajo costo y que explota, de este modo, un modelo de negocios alternativo al tradicional. Adicionalmente, expresa que ha estado trabajando en un nuevo reglamento de asignación de frecuencias que promueve el uso efectivo y más eficiente de las frecuencias adjudicadas y por adjudicar;

Duodécimo. Que, por su parte, LAN, tercero coadyuvante de la JAC, también solicitó el rechazo del requerimiento de autos en todas sus partes, realizando alegaciones similares a las de la autoridad, y sosteniendo que el límite de la potestad reglamentaria de la Presidenta de la República está dado, en este caso, por la noción de “licitación pública” utilizada en el Decreto Ley N° 2564, de 22 de junio de 1979, por lo que no puede modificarse el sistema de asignación de frecuencias aéreas restringidas en base a ofertas monetarias, sin violar los principios de legalidad y jerarquía a los que está sometida la actuación de los órganos y funcionarios de la administración del Estado;

Decimotercero. Que LAN argumenta además que no puede considerarse contrario a la libre competencia que la Presidenta de la República no haya acogido la totalidad de las recomendaciones propuestas por este Tribunal en su Sentencia N° 44/2006, pues la facultad contenida en el artículo 18, número 4, del Decreto Ley N° 211, habilita a esta magistratura sólo para proponer determinadas modificaciones normativas, pero no para imponerlas;

Decimocuarto. Que para una mejor comprensión de la presente sentencia, este Tribunal deja constancia que su estructura es la siguiente: (i) en primer término, se hará una descripción del marco jurídico e institucional que rige la aviación comercial en Chile y, en especial, de la naturaleza jurídica y la forma de asignación de derechos de tráfico o frecuencias aéreas que estén restringidos; (ii) posteriormente, se analizarán elementos relevantes referidos a la estructura actual de la industria de transporte aéreo en Chile y la competencia en la misma, haciendo algunas referencias a la organización y condiciones de competencia de la industria en el mundo; (iii) relacionado con lo anterior, se analizarán a continuación los factores que posibilitan y promueven la existencia de un operador dominante en la industria de transporte aéreo en Chile y, por cierto, la incidencia que tiene en esa situación el sistema de adjudicación de frecuencias aéreas internacionales a quien realiza la mayor oferta monetaria al Estado. Se abordarán también en este punto las acciones más sustantivas y con efectos a largo plazo que pueden ser realizadas para promover la competencia en este sector en Chile; (iv) luego, en el marco del análisis de las acciones más relevantes que pueden realizar las autoridades para promover la competencia en la industria del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transporte aéreo en Chile, se analizará si el actual mecanismo de asignación de frecuencias restringidas es el adecuado para alcanzar este fin, habida cuenta de la estructura del mercado y sus niveles de competencia, haciendo especial énfasis en las condiciones de competencia particulares existentes en la ruta Santiago-Lima. En este punto se dilucidará si, en ese marco, las bases de la licitación que el requerimiento de autos denuncia como anticompetitivas constituyen efectivamente una infracción a las normas de defensa de la competencia que deba ser corregidas por esta judicatura; (v) seguidamente, se analizará la interrelación existente entre la competencia en rutas aéreas restringidas internacionales, como la que motiva este proceso, y las tarifas y condiciones de competencia en la industria de transporte aéreo local chileno. Se tratará también acerca de la utilización efectiva que de las frecuencias aéreas hacen sus asignatarios y del plazo por el que se asignan por la autoridad; (vi) a continuación, se abordarán las alegaciones referentes a la eficiencia de la empresa dominante en el mercado; y, (vii) finalmente, se hará un análisis jurídico acerca de lo que debe entenderse por “licitación pública” en el artículo 3° del Decreto Ley N° 2564. Se examinarán algunas alternativas de diseño de licitaciones y se realizarán las consideraciones finales respecto a la forma en la que ha de resolverse el conflicto planteado en autos y promover la competencia en el mercado respectivo;

Decimoquinto. Que junto con resolver el conflicto planteado en autos, este Tribunal, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3º, inciso primero, parte final del Decreto Ley N° 211, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º del mismo cuerpo legal, establecerá en la parte resolutive de la presente sentencia las medidas preventivas y correctivas y realizará las recomendaciones que, a su juicio, el asunto sometido a su conocimiento hacen indispensables;

Decimosexto. Que, en cuanto al marco jurídico que rige la aviación comercial en Chile y en especial la asignación de frecuencias aéreas restringidas, debe en primer término indicarse que Chile declara tener una política de “cielos abiertos” en materia de aviación comercial. De acuerdo con el Decreto Ley N° 2564, de 22 de junio de 1979, en adelante “Ley de Aviación Comercial” o simplemente “Ley de Aviación”, los fundamentos de dicha política son el libre ingreso a los mercados, la libertad de precios y la mínima intervención de la autoridad aeronáutica en el mercado. Según lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley en comento, *“los servicios de transporte aéreo, sean de cabotaje o internacionales, y toda otra clase de servicios de aeronavegación comercial, podrán realizarse por empresas nacionales o extranjeras, siempre que cumplan con los requisitos de orden técnico y seguro que establezcan las autoridades nacionales”;*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En la aplicación de dichos lineamientos generales, la apertura de los cielos chilenos a empresas de otros países se ha realizado bajo una lógica de reciprocidad de derechos;

Decimoséptimo. Que, de acuerdo con la Convención sobre Aviación Civil Internacional, suscrita en la ciudad de Chicago, Estados Unidos de América, el 7 de diciembre de 1944, la que fuera promulgada por Chile mediante el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 509 bis, de 28 de abril de 1947 y publicada en el Diario Oficial de 6 de diciembre del mismo año (en adelante, la “Convención de Chicago”), los Estados se reconocen mutuamente soberanía sobre el espacio aéreo correspondiente a sus territorios;

Decimoctavo. Que, según se estipuló en la convención citada, los Estados, mediante acuerdos bilaterales o multilaterales, pueden otorgarse entre sí autorizaciones o permisos recíprocos que permitan a las líneas aéreas comerciales de los respectivos países ingresar a los distintos territorios. Estas autorizaciones reciben el nombre de “derechos de tráfico” y son asignados por los Estados, representados por sus autoridades aeronáuticas, a las respectivas aerolíneas nacionales;

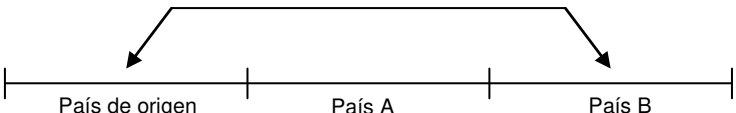
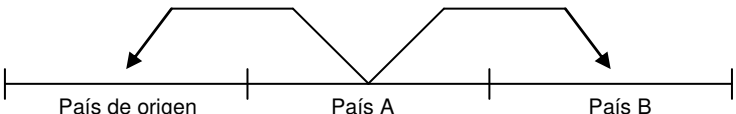
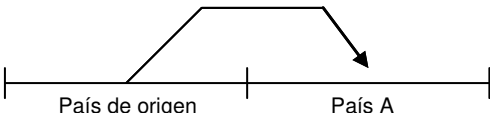
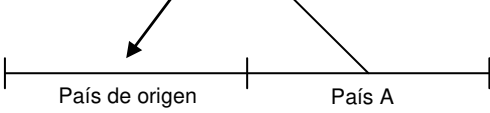
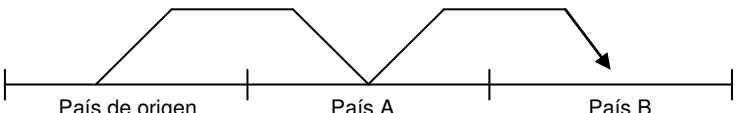
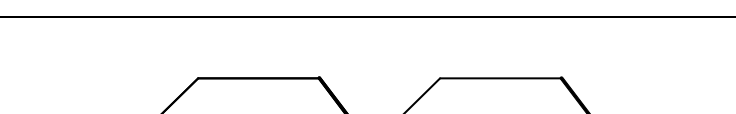
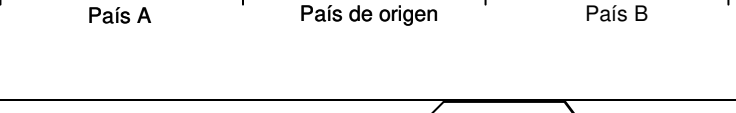
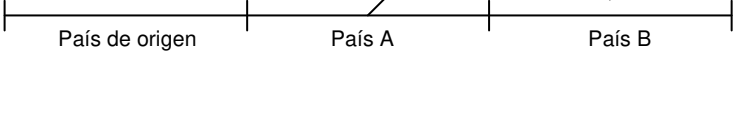
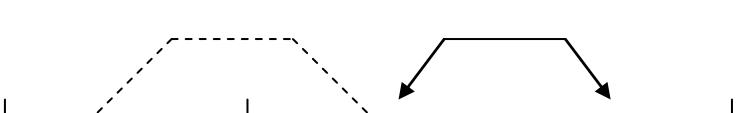
Decimonoveno. Que recibe el nombre de “Derecho de Tráfico” o “Frecuencia” la autorización sobre su espacio aéreo dada por un Estado en favor de la aerolínea de otro, que permite la explotación comercial de una determinada ruta aérea, mediante la operación regular de un vuelo semanal. Cabe tener presente que el artículo 95 del Código Aeronáutico chileno, aprobado por la ley N° 18.916, de 8 de febrero de 1990, establece que son servicios de transporte aéreo regulares *“aquellos realizados en forma continua y sistemática de acuerdo con condiciones prefijadas, tales como itinerarios y horarios”*. Por su parte, según la Convención de Chicago, los derechos de tráfico que un Estado otorga a una empresa aérea de otro para *realizar transporte remunerado de pasajeros, carga y correspondencia se clasifican en diferentes “libertades de aire”*;

Vigésimo. Que, como se consignó en la parte expositiva de esta sentencia, existen ocho tipos de “libertades de aire”. El siguiente cuadro ilustra la extensión de las distintas libertades:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 1

Derechos de Libertades del Aire

<i>PRIMERA LIBERTAD</i> <i>Sobrevolar un país en una ruta hacia otro</i>	
<i>SEGUNDA LIBERTAD</i> <i>Hacer una escala técnica en otro país</i>	
<i>TERCERA LIBERTAD</i> <i>Transportar carga y pasajeros desde el país de origen a otro país</i>	
<i>CUARTA LIBERTAD</i> <i>Transportar desde otro país carga y pasajeros al país de origen</i>	
<i>QUINTA LIBERTAD</i> <i>Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país, en ruta con origen/destino en su país de origen</i>	
<i>SEXTA LIBERTAD</i> <i>Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país, en ruta que incluya una escala en su país de origen</i>	
<i>SÉPTIMA LIBERTAD</i> <i>Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país en una ruta sin enlace con su país de origen</i>	
<i>OCTAVA LIBERTAD O CABOTAJE</i> <i>Transportar carga y pasajeros dentro de un país mediante una compañía aérea de otro país en ruta con origen/destino en su país de origen</i>	
<i>TOTALMENTE NACIONALES</i> <i>Transportar carga y pasajeros dentro de un país extranjero sin conexión con el país de origen</i>	

Fuente: Informe acompañado por LAN Airlines a fojas 548, con modificaciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo primero. Que primeramente debe tenerse presente que las aerolíneas no adquieren el derecho de propiedad sobre los Derechos de Tráfico Aéreo que pactan el Estado chileno con otros Estados para luego asignarlos por medio de la autoridad aeronáutica, de acuerdo con el Decreto Ley N° 2564. Si bien la asignación de este tipo de derechos corresponde a una autorización que la habilita para operar la correspondiente frecuencia aérea, y que ingresa en ese sentido al patrimonio de la aerolínea con todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico reconoce -incluyendo su transferibilidad-, estas autorizaciones contienen originariamente limitaciones y condiciones en cuanto a su contenido y ejercicio;

Vigésimo segundo. Que, en ese sentido, en caso de ser asignadas mediante licitación, estas autorizaciones están sujetas a un plazo de cinco años, luego del cual se extinguen y las frecuencias aéreas quedan disponibles para ser reasignadas como dispone el Decreto Supremo N° 102, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1981. Por otra parte, estas autorizaciones están sujetas a caducidad en caso de cumplirse las condiciones determinadas en el mismo cuerpo normativo, sanción que igualmente extingue el derecho de la aerolínea sobre éstas. Luego, en su ejercicio, el uso de las frecuencias asignadas se encuentra limitado por las normas y por las disposiciones e instrucciones que emanen de las autoridades aeronáuticas, en el ámbito de sus facultades;

Vigésimo tercero. Que, en conclusión, si bien existe una protección patrimonial a las autorizaciones que permiten el uso de frecuencias aéreas, aquella sólo se extiende al contenido originario de las mismas, con todas las limitaciones y condiciones establecidas en su acto administrativo constitutivo, en la propia Ley de Aviación Comercial, en las demás disposiciones aplicables y en las que eventualmente se establezcan en el futuro;

Vigésimo cuarto. Que, ahora entrando en el análisis de los usos y normas específicas relevantes a la materia de autos, en los casos en que exista una sola línea aérea en el país interesada en explotar una ruta aérea determinada, la titularidad de las frecuencias negociadas entre el Estado chileno y otro extranjero, hasta el momento se ha adjudicado por la Junta de Aeronáutica Civil (JAC) a dicha aerolínea indefinidamente. En cambio, si existiere más de una aerolínea interesada en explotar la ruta correspondiente, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 3° de la Ley de Aviación Comercial citada, la JAC deberá asignarla mediante una licitación pública, de acuerdo con las condiciones y procedimientos fijados por el Decreto Supremo N° 102, del Ministerio de Transportes y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1981 que reglamenta la licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas nacionales;

Vigésimo quinto. Que el referido reglamento, en su artículo 1º, dispone que debe llamarse a licitación pública cada vez que, por acuerdo entre las respectivas autoridades aeronáuticas, se disponga de una nueva frecuencia para las empresas aéreas chilenas en una ruta determinada o se haya vencido el plazo de cinco años por el que se asignan las frecuencias, según el artículo 4º del reglamento citado, en aquellos casos en que no se han entregado indefinidamente;

Vigésimo sexto. Que el artículo 2º del reglamento en cuestión prescribe que la JAC llamará a licitación pública para asignar la o las frecuencias disponibles, en base a ofertas en dinero, y que las asignará a la empresa que haya ofrecido la mayor suma por cada una de ellas. El artículo 4º del referido cuerpo reglamentario prescribe, a su turno, que si se presenta un solo interesado por cada frecuencia disponible al llamado a licitación, la frecuencia respectiva se asignará sin necesidad de oferta. El artículo concluye señalando que las frecuencias se asignarán por un plazo de cinco años;

Vigésimo séptimo. Que, a su turno, el artículo 7º del reglamento establece que, si una empresa chilena no opera regularmente una determinada frecuencia internacional por un plazo superior a seis meses, la JAC podrá considerarla abandonada para los efectos de que quede sujeta a asignación por dicho organismo;

Vigésimo octavo. Que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones dictó el Decreto Supremo Nº 50, publicado en el Diario Oficial el 6 de septiembre de 2007 el que, acogiendo la recomendación contenida en la Sentencia Nº 44 de este Tribunal, de 26 de septiembre de 2006, modificó el reglamento para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales contenido en el decreto supremo Nº 102, ya citado. La modificación consistió en la derogación del artículo 3º del reglamento en cuestión, que permitía efectuar subastas a viva voz en forma ascendente. Lo anterior, con el objeto de aumentar la probabilidad de que una aerolínea entrante se adjudicase alguna frecuencia, recibéndose, en la licitación respectiva, las ofertas de las empresas en sobres cerrados;

Vigésimo noveno. Que, así descrito el marco institucional que rige la asignación de frecuencias aéreas internacionales, especialmente cuando están restringidas,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

es preciso ahora referirse a algunos elementos relativos a la estructura y las condiciones de competencia y de ingreso que caracterizan a la industria del transporte aéreo en, desde y hacia Chile. Lo anterior es importante toda vez que la competencia en el proceso de asignación de frecuencias aéreas restringidas que se acaba de explicar depende no sólo de lo que suceda en un mercado relevante en particular, sino que también, y conectadas causalmente con él, de las posibilidades que tengan nuevos entrantes para competir efectivamente en el transporte aéreo chileno;

Trigésimo. Que, al respecto, es preciso dejar establecido desde un principio que, en opinión de este Tribunal, resulta fundamental para resolver el caso *sub lite* entender que, dada la estructura de la industria de transporte aéreo en, desde y hacia Chile, es del todo inadecuado, desde el punto de vista de la promoción y defensa de la libre competencia, que el sistema de asignación de frecuencias aéreas se base sólo en la mejor oferta monetaria. Ello, pues tal sistema de asignación tiende invariablemente a favorecer a la empresa dominante en la industria y a aumentar su poder de mercado. Sobre este punto no existe controversia en autos. La controversia está en si los derechos de tráfico y el uso que de ellos se hace son, o no, una barrera a la entrada al mercado de transporte aéreo nacional e internacional y, por tanto, en el grado de competencia en el mercado. En las consideraciones que siguen, se desarrollarán y precisarán las razones para sostener que éste no es un mercado competitivo;

Trigésimo primero. Que, en primer término, conviene considerar, para una mejor comprensión del funcionamiento de la industria del transporte aéreo, que el sistema de concesión de libertades basado en la reciprocidad, descrito en los razonamientos decimosexto a vigésimo octavo, es aún utilizado, en distintos grados, por la mayor parte de los países, lo que redundaría en que los mercados aéreos sean fragmentados. Tal como se explica en el artículo rolante a fojas 324, *“Los mercados aeronáuticos internacionales no son perfectamente competitivos, debido a que los países imponen diversas restricciones al uso de los cielos por empresas extranjeras. Estas restricciones, cuyo origen es netamente proteccionista, limitan tanto las frecuencias de vuelos entre rutas (pares de origen-destino), así como el valor que tienen esas frecuencias al imponer condiciones limitantes a los vuelos entre los dos puntos”*;

Trigésimo segundo. Que, a esta fecha, Chile mantiene acuerdos de “cielos abiertos” con 33 países. Lo anterior significa que, considerando exclusivamente la restricción de frecuencias aéreas, las empresas aeronáuticas chilenas podrían

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aumentar ilimitadamente la oferta de vuelos entre Chile y estos países; y que, a su vez, compañías de estos países no enfrentan restricciones para hacer lo mismo. Sin embargo, 9 de estos acuerdos cubren sólo la tercera y cuarta libertad, por lo que la afirmación anterior sólo se aplica para vuelos directos. Además, analizando los 24 países con menores restricciones, se observa que muchos de ellos no son particularmente atractivos, sea por su lejanía o por una baja demanda por viajar desde o hacia ellos, con la excepción de Estados Unidos (existen acuerdos en 3ª, 4ª, 5ª y 6ª libertad con: Aruba, Bélgica, Brunei, Colombia, Corea, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Emiratos Árabes, Estados Unidos, Finlandia, Guatemala, Holanda, Inglaterra, Jamaica, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Singapur, Suecia, y Uruguay. Y existen cielos abiertos en 3ª y 4ª libertad con Argentina, Bolivia, Canadá, China, Cuba, Israel, Italia, Suiza y Malasia);

Trigésimo tercero. Que, respecto del resto de los destinos internacionales, las líneas aéreas chilenas podrían volar a nueve países más –entre ellos Perú–, con los que Chile ha firmado acuerdos bilaterales con algunos aspectos aún más restrictivos que los anteriormente descritos. En ellos, el número de frecuencias semanales de tercera y cuarta libertad que la Junta de Aeronáutica Civil puede asignar está restringido. En cualquier caso, hay algunos que contemplan libertades que van más allá de la tercera y cuarta. Estos países son Alemania, Australia, Brasil, España, Francia (París), Francia (Papeete), India, México, Perú y Venezuela. En el siguiente cuadro se detalla el número de estas frecuencias, y su asignación actual:

Cuadro 2
Rutas Restringidas

País	Vuelos semanales	Derechos asignados	Derechos sin asignar
Alemania	9	9 – LAN	0
Australia	7	7 – LAN	0
Francia (París)	7	7 – LAN	0
México	10	10 – LAN	0
Perú	28	27 – LAN; 1 – Air Comet ^(*)	0
Venezuela	2	2 – LAN	0
Brasil ^(**)		35 – LAN; 7 – Sky	28
España ^(***)		14 – LAN; 7 – Sky	7
Francia (Papeete)	7	2 – LAN	5

Fuente: Elaboración propia, en base a informe económico de fojas 61, información de fs. 814, fs. 1558, y: www.jacchile.cl/OpenNews/asp/pagDefault.asp?argInstanciaId=1&argNoticiaId=21&NoticiaParaAutorizar=.

(*): 6 frecuencias de LAN y una frecuencia de Air Comet otorgadas por licitación “provisoria”, por un período de 18 meses.
(**): LAN tiene asignadas 21 frecuencias de largo recorrido y 14 frecuencias mixtas regionales; Sky tiene 7 frecuencias mixtas regionales. Quedan sin asignar 21 frecuencias mixtas regionales, y 7 frecuencias de largo recorrido. (***) : LAN tiene asignadas 14 frecuencias con derechos de 5ª y 6ª libertad. De las 7 frecuencias en manos de Sky, 3 tienen derechos de 5ª y 6ª libertad (las cuatro restantes sólo tienen derechos de 3ª y 4ª libertad). Quedan sin asignar 2 frecuencias con derechos de 5ª y 6ª libertad, y 5 con derechos de 3ª y 4ª. Además, LAN tiene asignadas 9 frecuencias exclusivas de carga (no incluidas en el cuadro).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo cuarto. Que, dicho lo anterior, es relevante ahora consignar la importancia relativa que tienen estas frecuencias restringidas en el tráfico total de pasajeros internacionales desde y hacia Chile, y la participación de mercado de las líneas aéreas en esas rutas. Todo ello se muestra en los siguientes cuadros:

Cuadro 3

Importancia relativa de frecuencias restringidas en tráfico total de pasajeros (medida en pasajeros – kilómetro, salidas desde + llegadas a Chile)

Año	2004	2005	2006	2007	2008 (a sept.)
Alemania	8,90%	8,95%	4,35%	1,87%	1,51%
Australia	2,99%	3,31%	3,71%	4,00%	4,27%
Francia (París)	4,19%	4,09%	4,99%	6,18%	6,84%
México	7,32%	6,63%	6,24%	5,58%	5,39%
Perú	3,35%	3,57%	3,41%	4,30%	4,44%
Venezuela	1,10%	1,14%	0,90%	1,15%	0,98%
Total Frecuencias con Restricción Activa	27,86%	27,69%	23,60%	23,09%	23,43%
Brasil	6,97%	8,28%	8,81%	10,05%	10,09%
España	18,17%	18,61%	20,45%	18,85%	17,76%
Total Frecuencias con Restricción No Activa	25,14%	26,89%	29,25%	28,90%	27,85%
Frecuencias No Restringidas	47,00%	45,43%	47,14%	48,01%	48,71%
Total	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: Elaboración propia, en base a información disponible en www.jac-chile.cl

Trigésimo quinto. Que si bien en un primer enfoque pareciera que más de la mitad del tráfico de pasajeros no está restringido por la disponibilidad de frecuencias aéreas, debe insistirse en que estas frecuencias sólo permiten a las líneas nacionales y a sus contrapartes en el país de destino hacer vuelos que no sirvan destinos intermedios y, por tanto, que la circunstancia de que la restricción no esté activa no conlleva la inexistencia de trabas para diseñar las rutas que hagan rentable el vuelo. Lo anterior puede ilustrarse considerando que, si bien es cierto que cualquier línea aérea chilena podría viajar a Buenos Aires tantas veces como quisiera, luego debe volver a Chile, pues está imposibilitada de seguir vuelo a algún otro país al no tener derechos de quinta libertad. El siguiente cuadro muestra la participación de mercado de las distintas líneas aéreas en estas rutas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro 4

Participación de mercado en rutas con frecuencias aéreas restringidas
(activas y no activas)

País	Línea Aérea	2004	2005	2006	2007	2008 (a mayo)
Alemania	LAN Chile	23,8%	24,1%	51,8%	100,0%	100,0%
	Lufthansa	76,2%	75,9%	48,2%	0,0%	0,0%
Australia	LAN Chile	91,7%	94,8%	96,9%	97,3%	97,0%
	Aerolíneas Argentinas	8,3%	5,2%	3,1%	2,7%	3,0%
Francia (París)	Air France	95,9%	99,6%	100,0%	100,0%	100,0%
	Aerolíneas Argentinas	3,2%	0,4%	0,0%	0,0%	0,0%
	TAM	0,9%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
México	LAN Chile + LAN Perú +					
	Aeroméxico (*)	98,4%	99,0%	98,3%	98,2%	96,6%
	LACSA	1,5%	0,8%	1,7%	1,6%	0,0%
	Otras	0,2%	0,2%	0,0%	0,3%	3,4%
Perú	LAN Chile + LAN Perú	86,5%	89,3%	91,5%	84,5%	85,9%
	LACSA + TACA Perú	13,4%	10,6%	8,5%	7,3%	4,9%
	Sky Service	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	3,3%
	GOL	0,0%	0,0%	0,0%	7,8%	5,8%
	Otras	0,1%	0,1%	0,0%	0,2%	0,1%
Venezuela	LAN Chile + LAN Perú	74,0%	71,2%	82,2%	88,4%	87,3%
	LACSA + TACA Perú	19,7%	22,2%	17,8%	10,9%	11,6%
	Aerolíneas Argentinas	3,6%	0,2%	0,0%	0,7%	0,6%
	Avianca	2,6%	1,3%	0,0%	0,0%	0,0%
	Pluna	0,0%	5,1%	0,0%	0,0%	0,0%
	Otras	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,5%
España	LAN Chile + Iberia (**)	94,7%	85,2%	81,7%	84,5%	84,5%
	Aerolíneas Argentinas	5,2%	5,6%	2,5%	2,6%	1,1%
	Avianca	0,1%	0,6%	0,1%	0,0%	0,0%
	Air Comet	0,0%	0,0%	0,0%	12,9%	14,4%
	Air Madrid	0,0%	8,6%	15,7%	0,0%	0,0%
	Air France	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,0%
	Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Brasil	LAN Chile +					
	LAN Express	47,5%	40,8%	48,6%	55,6%	54,4%
	TAM	2,4%	13,0%	18,7%	19,4%	15,3%
	Varig	44,7%	39,4%	15,4%	0,3%	7,3%
	Gol	0,0%	0,0%	2,7%	14,6%	6,4%
	Sky	3,0%	1,5%	1,6%	1,1%	0,5%
	Aerolíneas Argentinas	2,3%	1,0%	0,6%	0,3%	0,4%
	Otros	0,0%	4,3%	12,5%	8,7%	15,6%
	Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia, en base a información disponible en www.jac-chile.cl
(*): Existe un acuerdo de código compartido entre LAN y Aeroméxico desde el cuarto trimestre de 2004.
(**): LAN se integró a la alianza OneWorld en 2000, en la que participa Iberia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo sexto. Que se observa entonces, en primer lugar, que los destinos con frecuencias restringidas de tercera y cuarta libertad han representado aproximadamente entre el 23% y el 28% del tráfico internacional total del país, medido en pasajeros-kilómetro (Cuadro 3). En segundo lugar, lógicamente la única competencia que enfrenta la empresa nacional que posee las frecuencias restringidas consiste en los servicios que puedan prestar las líneas aéreas del país de destino –por la reciprocidad de los derechos– y otras líneas internacionales que tengan derechos de quinta libertad con Chile y con el país de destino. Por último, se observa que, en la actualidad –salvo en el caso de Francia (París)–, LAN es la empresa, por lejos, con mayor participación de mercado en vuelos directos entre Chile y el país contraparte;

Trigésimo séptimo. Que de lo anterior podría deducirse que LAN es la empresa dominante en la mayoría de estas rutas por la sola posesión de frecuencias aéreas restringidas, a lo que se suma el hecho de tener acuerdos de código compartido, o propiedad común, con la principal empresa del país contraparte, lo que elimina la competencia más inmediata cuando se tiene restricción de frecuencias. Sin embargo, al observar que LAN de todas formas presenta una participación mayoritaria en el tráfico entre pares de ciudades, aún cuando no exista restricción de frecuencias aéreas –tal como se muestra en el siguiente cuadro–, puede concluirse que no es sólo la posesión de frecuencias lo que entrega ventajas de competencia a esta empresa;

Cuadro 5

Participación de mercado en pares de ciudades seleccionados
(total salidas desde + llegadas a Chile)

Santiago - Buenos Aires					
Líneas aéreas por grupo	2004	2005	2006	2007	2008 (a mayo)
Grupo LAN	67,2%	69,3%	69,2%	69,3%	71,5%
Aerol. Argentinas	22,9%	21,6%	17,5%	15,4%	14,0%
Gol	0,0%	0,0%	3,5%	11,9%	8,3%
Air Canada	2,8%	3,1%	3,4%	2,7%	5,4%
Lufthansa	2,8%	0,7%	0,0%	0,0%	0,0%
Air France	4,1%	4,8%	5,7%	0,5%	0,0%
Otros	0,2%	0,4%	0,8%	0,2%	0,8%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
Santiago – Miami					
Línea aérea por grupo/alianza	2004	2005	2006	2007	2008
LAN + American Airlines	98,0%	97,1%	98,6%	98,7%	99,1%
Aerol. Argentinas	1,4%	2,2%	1,1%	0,6%	0,3%
TACA	0,5%	0,6%	0,3%	0,7%	0,6%
Avianca	0,0%	0,1%	0,0%	0,0%	0,0%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia, en base a información disponible en www.jac-chile.cl

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo octavo. Que, en efecto, de la muestra de pares de ciudades que se presenta en la consideración anterior, se puede observar que LAN también es dominante en rutas en las que, en teoría, por la disponibilidad de frecuencias, podría ser desafiada por una aerolínea de su país contraparte o por otra nacional en cualquier momento. Lo anterior lleva a preguntarse por qué razón, más allá de la disponibilidad de frecuencias, LAN es una empresa con participación mayoritaria –ya sea por su cuenta o conjuntamente con aerolíneas en alianza– en la gran mayoría de los destinos en los que participa desde Santiago;

Trigésimo noveno. Que, a juicio de este Tribunal, este fenómeno se explica en gran parte por el aprovechamiento por parte de LAN de ventajas de competencia que se originan en el hecho de que ostenta una posición dominante en el aeropuerto de Santiago, que es el centro de sus operaciones y el punto desde el cual despliega su red de destinos;

Cuadragésimo. Que, además, las ventajas de competencia que entrega la presencia dominante de LAN en el aeropuerto de Santiago se ven complementadas y potenciadas por las que entrega la tenencia de la mayoría de las frecuencias aéreas internacionales que ha adjudicado la autoridad de la aviación civil chilena. Así, el poder de mercado de LAN, derivado de esta combinación de factores, no sólo es observable en las rutas aéreas que unen los pares de ciudades a los que las frecuencias internacionales se refieren, sino que se transmite a toda la red de destinos servidos por la compañía, nacionales e internacionales. En efecto, dadas las complementariedades que existen entre rutas, tanto por los factores de oferta y costos como por el lado de la demanda, la circunstancia de poseer un *hub* en Santiago y frecuencias restringidas que unen esa ciudad con determinadas ciudades en el extranjero, otorga ventajas de competencia también para viajar a ciudades sin restricción de frecuencias, como se explicó latamente en la Sentencia N°44/2006 de este Tribunal y se volverá a exponer en este fallo;

Cuadragésimo primero. Que ha sido ampliamente descrita en la literatura económica la existencia de economías de escala, ámbito y densidad en la industria aeronáutica, las que entregan ventajas al operador incumbente que tiene su centro de operaciones (*hub*) en el aeropuerto de origen de una determinada red de destinos, por sobre potenciales entrantes. En efecto, este sistema de organización de operaciones –que es conocido como “*hub and spoke*”–, entrega al incumbente ventajas de costos y de acceso preferente a insumos esenciales, especialmente instalaciones y servicios aeroportuarios, respecto de sus

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

eventuales competidores, tal como se expone en el artículo titulado “*Barreras a la Entrada en el Mercado Aéreo*”, rolante a fojas 1397 y siguientes, acompañado a los autos por la Fiscalía Nacional Económica. Además, como también se afirma en el trabajo citado, el sistema aumenta la valoración que hacen los clientes al elegir esa compañía aérea, respecto de atributos que se asocian a la calidad, como el número de destinos disponibles y frecuencias y horarios de viaje. Desde el punto de vista de la competencia, estos factores pueden dificultar en forma muy significativa la entrada de rivales en las rutas del incumbente;

Cuadragésimo segundo. Que lo expresado en las consideraciones anteriores es consistente con lo que puede observarse a partir de las participaciones de mercado señaladas en los cuadros números 4 y 5, en cuanto que, para los pares de países presentados, los únicos casos en que existe una compañía diferente a la empresa dominante nacional con una participación de mercado de importancia en un par de países determinado, corresponden a la aerolínea cuyo *hub* se encuentra localizado en el aeropuerto de destino. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, confirmaría que las ventajas de la empresa dominante nacional, descritas en la Sentencia N°44/2006, serían replicables por empresas con redes similares, que gozasen de ventajas parecidas a las que LAN posee, lo que implicaría que deberían establecer su *hub* también en Santiago, o bien en puntos de destino de la red de esa compañía. Para que ello sea posible, deben adoptarse medidas que permitan que otras aerolíneas tengan la posibilidad de servir destinos internacionales altamente demandados, como es el caso de la ruta Santiago-Lima;

Cuadragésimo tercero. Que, además, la literatura económica relevante se ha ocupado de otros aspectos de la industria aeronáutica que también entregan a la empresa dominante ventajas difícilmente replicables por las empresas no dominantes o de segunda línea. Algunos de ellos son la integración vertical de las aerolíneas con los aeropuertos, los programas de pasajeros frecuentes, los incentivos entregados por las aerolíneas a las agencias de viajes y el control de estas compañías sobre los sistemas computacionales de reservas -ambas cosas para dirigir la demanda- y las alianzas u operaciones conjuntas. Todos estos tópicos también fueron objeto de un análisis detallado por parte de este Tribunal en la Sentencia N°44 ya mencionada, específicamente en la sección denominada “la industria aeronáutica”, en las consideraciones vigésimo segunda a trigésima tercera, análisis que considera plenamente aplicable al caso de autos, toda vez que LAN aprovecha en la actualidad varias de las mencionadas ventajas, tal como se expuso en ese fallo;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo cuarto. Que, para el caso que motiva esta sentencia, particular relevancia adquieren las alianzas entre aerolíneas, ya sea por medio del sistema de códigos compartidos (*code sharing*), *interlining*, el uso conjunto de instalaciones, la prestación mutua de servicios aeroportuarios, la acumulación conjunta de puntos para premios de pasajero frecuente u otras convenciones de colaboración empresarial que puedan sindicarse bajo la denominación de “*pool* aeronáutico”, toda vez que permiten entregar beneficios a los usuarios de las empresas participantes no replicables por los competidores que no son parte en dichos acuerdos. Por ejemplo, la alianza de código compartido entre LAN e Iberia permite a estas empresas vender los asientos disponibles de ambas compañías en una determinada ruta internacional, mejorando su oferta de conexiones de ida y vuelta, así como también servir las conexiones domésticas con estos vuelos internacionales en el país respectivo, lo que les genera una evidente ventaja de competencia en los mercados internos de vuelos locales;

Cuadragésimo quinto. Que, siguiendo con lo que señala el artículo rolante a fojas 1397 y siguientes, ya citado, es relevante destacar que este tipo de alianzas contribuye a la dominancia de las aerolíneas que las celebran, en los mercados en los que están situados sus *hubs*. Por ejemplo, los códigos compartidos reducen la competencia entre líneas aéreas en aquellas rutas en las que se superponen. Además, pueden favorecer los acuerdos de precios entre ellas, al tiempo que pueden constituir barreras a la entrada para compañías que no participen en dicho sistema;

Cuadragésimo sexto. Que, tal como se explica en el trabajo en cuestión, lo anterior se produce porque las alianzas entre aerolíneas permiten compartir costos fijos, disminuir costos de transacción en vuelos complementarios, evitar la doble marginalización y ofrecer un mejor servicio a los clientes en lo que se refiere a coordinación de conexiones, manejo de equipaje y eventuales mejores precios en rutas complementarias;

Cuadragésimo séptimo. Que similares ventajas y efectos puede tener la operación de compañías aéreas relacionadas sirviendo las mismas rutas o rutas complementarias, como es el caso de LAN Chile y LAN Perú en la ruta con la que se relaciona esta causa;

Cuadragésimo octavo. Que, como consecuencia de todos los factores analizados, podemos observar en el siguiente cuadro que la participación de LAN, individualmente o a través de alianzas o filiales, en las rutas que conectan a Chile

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con los principales destinos internacionales, es mayoritaria en casi la totalidad de los casos, observándose además una muy alta concentración en esos mercados, medida según el índice de Herfindhal-Hirschmann;

Cuadro 6

Participación de LAN en rutas ordenadas según importancia relativa en el total pasajeros-km desde y hacia Chile

País	% del total de pasajeros – km. 2007	% acumulado	Participación de LAN 2007 (incluye alianzas y filiales)	HHI 2007	Frecuencias	Alianzas o Filiales
EEUU	23,0%	23,0%	79,9%	6723	No aplica	American Airlines
España	18,9%	41,8%	84,8%	7351	LAN tiene 14 de 28 frecuencias disponibles (14 de 21 asignadas)	Iberia
Brasil	10,0%	51,8%	56,8%	3817	LAN tiene 35 de 70 frecuencias disponibles, y de 42 asignadas	TAM (desde noviembre 2007)
Argentina	7,0%	58,9%	72,6%	5573	Cielos abiertos	LAN Argentina – Filial
Francia	6,2%	65,1%	0,0%	10000	LAN tiene 7 de 7	No
México	5,6%	70,6%	98,2%	9639	LAN tiene 10 de 10	Aeroméxico
Perú	4,3%	75,0%	84,7%	7290	LAN tiene 27 de 28 (Air Comet tiene 1 de 28)	LAN Perú - Filial

Fuente: elaboración propia en base a información disponible en www.jac-chile.cl y www.lan.com.

Cuadragésimo noveno. Que, en principio, muchas de las fuentes de ventajas de competencia que son aprovechadas por LAN y que han sido descritas en las consideraciones anteriores, podrían eventualmente ser replicadas por empresas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de envergadura parecida o superior y con redes similares a las que ha desplegado esa compañía, como se dijo en la consideración trigésimo primera;

Quincuagésimo. Que, sin embargo, en los hechos dicha posibilidad es actualmente irrealizable, toda vez que existe una fuente de ventajas de competencia imposible de replicar. Esta es, precisamente, la posesión de frecuencias aéreas restringidas, adjudicadas bajo el modelo actual de asignación. Lo anterior implica la existencia de un cuello de botella importante para la generación de competencia, efectiva o potencial, que pueda disciplinar a LAN en las rutas que actualmente domina sin contrapeso alguno, al impedir o restringir la entrada de empresas que organicen sus operaciones bajo un esquema de negocios similar, que son las que podrían inyectar más eficazmente presión competitiva;

Quincuagésimo primero. Que, así las cosas y por esa razón, quienes han entrado en los últimos años a la industria han debido hacerlo con un modelo de negocios alternativo al utilizado por LAN, modelo que podría denominarse “de bajo costo”. Estas aerolíneas no cuentan con programas de pasajero frecuente, ni con redes de destinos comparables a las de aerolíneas dominantes ya establecidas. Es el caso de la empresa GOL que, como ha sido expuesto por las partes durante el proceso, ha ofrecido un producto diferente al de las grandes aerolíneas, a saber: vuelos con tarifas menores, pero inferiores comodidades a bordo, que viajan en horarios más incómodos y, por tanto, menos valorados por los consumidores;

Quincuagésimo segundo. Que, dadas las características del servicio ofrecido por esta clase de aerolíneas, este Tribunal coincide con lo afirmado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1.427, en el sentido que tal oferta podría ser considerada un sustituto de los vuelos ofrecidos por aerolíneas “grandes” sólo por aquellos pasajeros que presenten una demanda más elástica al precio, esto es probablemente una parte del segmento de pasajeros de tipo “turista”. En contraste, es esperable que los viajeros de negocios no consideren como buenos sustitutos a los vuelos “de bajo costo”, precisamente porque comúnmente las características de vuelo que este segmento demanda sólo son ofrecidas por la empresa dominante (diversidad de horarios y acumulación de millas, por ejemplo). Luego, este Tribunal considera que la entrada de aerolíneas de bajo costo sólo podría desafiar, en el mejor de los casos, la posición de las aerolíneas dominantes en el segmento de pasajeros que viajan por turismo. Esta definición es compartida por otras jurisdicciones, tal como se indica en el trabajo a que se hace referencia

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la consideración siguiente, en donde consta que la preocupación de las autoridades de competencia allí aludidas se enfoca en el abuso de posición dominante de las aerolíneas en el segmento de viajes de negocios;

Quincuagésimo tercero. Que, en síntesis y tal como señala el informe económico acompañado por la FNE a fojas 368, el mercado aeronáutico chileno puede clasificarse como un mercado poco competitivo, fenómeno que, por lo demás, no es exclusivo de este país. En efecto, de acuerdo con el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE, del año 2000 titulado “*Airline Mergers and Alliances*”, acompañado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 1.427, existen muy pocas rutas internacionales de larga distancia efectivamente competitivas. Las razones que dicho estudio entrega para llegar a este resultado son las mismas que se observan hoy en día en el mercado chileno, a saber: la presencia de un operador nacional de relevancia, alianzas entre aerolíneas dominantes en distintos países, presencia significativa de la aerolínea dominante en los *slots* de los aeropuertos (derechos de una aerolínea para despegar o aterrizar en un horario determinado), entre otros. Además, este estudio muestra que existen sinergias entre la desregulación del mercado aéreo y la competencia efectiva en las rutas, ya que la sola competencia potencial no elimina las imperfecciones del mercado, razón por la cual concluye que dicha desregulación debe estar acompañada de un rol activo de las autoridades de libre competencia, ya que de otra manera el mercado no proveerá, por sí solo, un resultado competitivo;

Quincuagésimo cuarto. Que la posesión de gran parte de las frecuencias restringidas, como se ha venido exponiendo, otorga ventajas no replicables a la empresa dominante en las rutas directamente afectadas, dificultando a la vez la entrada de rivales en el resto de las rutas, por las economías de ámbito, densidad y escala que dichas frecuencias permiten explotar a la empresa dominante. Adicionalmente, tal posesión de frecuencias, al no permitir que entren o se expandan otras líneas nacionales, le entrega una posición privilegiada a la empresa dominante incumbente para negociar acuerdos de coordinación de operaciones con líneas aéreas extranjeras, reforzando así aún más su poder de mercado al establecer vínculos de cooperación con aerolíneas que hubiesen podido disputarle tal poder de mercado;

Quincuagésimo quinto. Que, en lo referente a tales convenciones de cooperación, cabe tener presente que la estrategia de celebrar acuerdos de código compartido, con las empresas dominantes en los puntos de destino, puede

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tener tanto efectos pro-competitivos como anticompetitivos. Por ejemplo, uno de los informes económicos acompañado a fojas 61 explica que los acuerdos de código compartido permiten a los miembros de la alianza coordinar de mejor forma los horarios de sus vuelos, ofrecer más y mejores conexiones, ofrecer más frecuencias de vuelos y reducir costos al compartir servicios del aeropuerto. Sin embargo, explica, también existen efectos anticompetitivos, principalmente porque disminuyen los incentivos a que una línea aérea expanda sus servicios, pudiendo aumentar el contacto en diversos mercados, todo lo cual facilitaría la colusión. (Al respecto, y para mayor detalle, véanse los estudios de Bamberger, Carlton y Newmann (*"An Empirical Investigation of the Competitive Effects of Domestic Airline Alliances"*, 2004), Armantier y Richard (*"Evidence on Pricing from the Continental Airlines and Northwest Airlines Code-Share Agreement"*, 2006), Gurrea (*"International Airline Code Sharing and Entry Deterrence"*, 2006) e Ito y Lee (*"The Impact of Domestic Codesharing Agreements on Market Airfares: Evidence from the U.S."*, 2006);

Quincuagésimo sexto. Que según expuso la requerida en el documento que rola a fojas 161 y siguientes del cuaderno de documentos de la JAC, la utilización de códigos compartidos o conexiones en una parte o el total de una ruta, según sea la modalidad de operación, *"podría generar que en la práctica una asignación no genere ninguna frecuencia adicional para el pasajero"*;

Quincuagésimo séptimo. Que, en suma, los contratos comerciales mediante los cuales las compañías aéreas eliminan posibilidades de competencia, pactando la coordinación parcial de sus operaciones o derechamente la explotación conjunta y combinada de parte de sus recursos y sus redes de destinos, pueden generar riesgos importantes para la competencia;

Quincuagésimo octavo. Que, atendido lo expuesto precedentemente, estos sentenciadores consideran recomendable someter al proceso de control previo de concentraciones, previsto en nuestra legislación, los acuerdos que impliquen la implementación de mecanismos de código compartido, mediante los cuales dos o más aerolíneas que operen en el país acuerden comercializar vuelos que sólo serán operados por una de ellas, usando conjuntamente sus códigos internacionales de individualización, así como otras convenciones de colaboración empresarial que impliquen la combinación, consolidación o fusión de servicios o negocios, tales como acuerdos sobre horarios, calidad y capacidad de aeronaves, publicidad, organización comercial, material de vuelo, personal y, por cierto, la repartición de ingresos. Ello pues todas estas convenciones producen efectos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

directos en la competencia en la industria en Chile;

Quincuagésimo noveno. Que en lo resolutivo de esta sentencia, entonces, este Tribunal recomendará que cualquier línea aérea que tenga operaciones en Chile, y en particular LAN, consulte previamente a este Tribunal cualquier acuerdo del tipo descrito en la consideración precedente, sin perjuicio de la facultad de que dispone este Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18°, N°4, del DL 211;

Sexagésimo. Que, en línea con lo anterior y ya en términos más generales, debe tenerse presente que en diversas jurisdicciones las autoridades encargadas de velar por la defensa y promoción de la libre competencia han abordado, en medida diversa, los problemas que se describen en la presente sentencia mediante distintas regulaciones, incluyendo también medidas preventivas. Es así que, por ejemplo, tanto en Europa como en los Estados Unidos de América las alianzas de código compartido deben ser revisadas y aprobadas en forma *ex ante* por las autoridades relevantes -la Comisión Europea y el Departamento de Transporte, respectivamente- tomando en consideración explícitamente aspectos de libre competencia. Por su parte, ha sido objeto de tratamiento de los organismos nacionales y comunitarios de competencia europeos, y también de los norteamericanos, lo relativo a las operaciones de concentración entre aerolíneas, la integración de dichas compañías con los aeropuertos, y los efectos exclusorios de los programas de fidelización y de los de pasajero frecuente, entre otros temas (informe económico acompañado a fojas 61);

Sexagésimo primero. Que, sin perjuicio de la pertinencia y efectividad de las medidas y regulaciones mencionadas, en opinión de este Tribunal lo que ha inyectado mayor competencia en los mercados aeronáuticos, y por ello ha traído mayores beneficios a los usuarios finales, es el proceso de apertura de cielos, sea a través de acuerdos bilaterales o vía convenios multilaterales. La evidencia al respecto es contundente. Por ejemplo, en el artículo "*La convención de Chicago de 1944 y la política de Cielos Abiertos*" de George Harper, del año 2001, disponible en <http://www.alacostarica.com/documef.htm>, se hace referencia a un informe del Departamento de Transporte de Estados Unidos que determinó que, en mercados en donde ha estado vigente un convenio de cielos abiertos, las tarifas promedio bajaron considerablemente en comparación con las de mercados sin tal tipo de convenio. Así, las tarifas cayeron 17,5% entre 1996 y 1998 en países con política de cielos abiertos. En países donde no existía tal política, los precios bajaron sólo 3,5% promedio durante el mismo período;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo segundo. Que, en términos generales, la evidencia empírica contenida en la literatura económica disponible avala el hecho que los convenios de cielos abiertos benefician al consumidor final, no sólo en lo relativo a la disponibilidad de vuelos y la flexibilidad de elección sino también en el costo de dicha elección, razón por la cual, y como se señala en el documento de fojas 324, a nivel mundial se ha estado transitando progresivamente hacia un esquema de mayor apertura de cielos. En efecto, en las últimas dos décadas se ha avanzado desde una política de acuerdos bilaterales de cielos abiertos entre países hacia Mercados Aéreos Regionales (MAR), los que consideran la liberalización del cabotaje doméstico y el otorgamiento de la séptima y octava libertad entre los países integrantes del mercado respectivo, así como la autorización de inversiones cruzadas y la libre entrada a sus mercados aéreos nacionales, además de las condiciones ya establecidas en los acuerdos bilaterales de cielos abiertos. Ejemplos de estos mercados son los casos de Australia y Nueva Zelanda, como también el de la Comunidad Europea con el establecimiento del denominado *European Single Aviation Market*;

Sexagésimo tercero. Que, asimismo, es un hecho público y notorio que durante el año 2008 se produjo un nuevo hito en el proceso de liberalización de los cielos en el mundo, con la suscripción del acuerdo de transporte aéreo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos de América, por otra. Esta convención levantó la mayoría de las restricciones y limitaciones hasta entonces vigentes en materia de rutas, precios y número de vuelos semanales, que pesaban sobre las aerolíneas que vuelan entre ambas orillas del Atlántico. En efecto, y con la entrada en vigor de este acuerdo, las compañías aéreas pueden ahora operar vuelos hacia los territorios de las contrapartes a partir de cualquier aeropuerto y con independencia de cuál sea su nacionalidad, y continuar luego de su arribo a terceros países. Además pueden operar sin restricción de número de vuelos;

Sexagésimo cuarto. Que, aún más, es también un hecho público y notorio que el objetivo actualmente declarado por la Unión Europea es negociar un área de aviación totalmente abierta con los Estados Unidos, y así avanzar hacia la liberación total de los derechos de tráfico, tal como puede leerse, por ejemplo, en el artículo publicado en <http://www.revistacompetencia.com/378/PDF/cielos-abiertos.pdf>;

Sexagésimo quinto. Que este Tribunal considera, desde el punto de vista de la promoción y defensa de la libre competencia que le corresponde de acuerdo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con el artículo 1° del D.L. N° 211, que Chile no debe marginarse del creciente proceso mundial de apertura de cielos. Ello, toda vez que la actual política de reciprocidad, aplicada respecto a la apertura de cielos, no sólo ha sido una herramienta apenas parcialmente eficaz de negociación con terceros países para efectos de conseguir derechos de vuelo, sino que además, y en directa atinencia a los fines de esta sentencia, ha sido inadecuada para efectos de inyectar competencia en un mercado pequeño como el chileno y que, por lo tanto, requiere de apertura comercial al exterior para alcanzar equilibrios competitivos, sobre todo en industrias que presentan niveles muy significativos de concentración. Lo anterior, producto de las razones ya tratadas en las consideraciones trigésimo novena a cuadragésimo séptima y las que se dirán en la septuagésimo novena de la presente sentencia. Por ello, y tal como ha señalado en sus sentencias N° 44/2006 y N° 55/2007, este Tribunal considera que es indispensable la apertura unilateral de cielos por parte de nuestro país, incluso autorizando el cabotaje por parte de empresas aéreas de otros Estados, sin la exigencia de reciprocidad que contempla el artículo 2° de la Ley de Aviación Comercial;

Sexagésimo sexto. Que, siguiendo el trabajo que rola a fojas 324, ya citado, e independientemente de eventuales transferencias de rentas entre empresas nacionales y extranjeras, es dable esperar que la apertura unilateral de cielos aumente la oferta de vuelos dentro del territorio nacional, lo que redundaría inequívocamente en una mayor intensidad de competencia. Por otra parte, al igual que en cualquier mercado, la apertura negociada podría, en algunos casos, aumentar el bienestar social nacional sólo si hay algo que ofrecer a cambio. Por ello, y dado lo pequeño del mercado nacional, Chile optó por la apertura unilateral en el comercio de bienes. Y este Tribunal no ve razón alguna para optar por otra vía en el caso de los servicios aerocomerciales;

Sexagésimo séptimo. Que, por las razones expuestas y por la importancia que tiene para Chile tener una industria de transporte lo más eficiente y competitiva posible –dada su ubicación geográfica y su dependencia del comercio internacional– este Tribunal recomendará a la Presidenta de la República la apertura unilateral de cielos, con el objeto de que exista una real presión competitiva en esta industria, ante la posibilidad de que líneas aéreas internacionales, poseedoras de redes de destinos importantes y ventajas de competencia suficientes, puedan operar en cualquier ruta desde y hacia Chile, así como dentro del país;

Sexagésimo octavo. Que, sin embargo, y sin perjuicio de medidas más

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sustanciales y definitivas como las planteadas en las consideraciones anteriores, en lo inmediato la acción de los organismos de defensa de la competencia y de la autoridad sectorial debiera centrarse, a lo menos, en perfeccionar los mecanismos de asignación de frecuencias aéreas restringidas y el monitoreo del uso efectivo de las mismas;

Sexagésimo noveno. Que en relación con esto último, del documento acompañado en el escrito de contestación de demanda y que rola a fojas 161 del cuaderno de documentos de la JAC, y de los documentos contenidos de fojas 574 bis 46 a 574 bis 113, exhibidos por la requerida según consta en el acta de fojas 574 bis 273 y que fueron acompañados nuevamente por la requerida en su presentación de fojas 802, se desprende, inequívocamente que, con ocasión de la consulta pública que realizó el año 2007 sobre los criterios que habrían de informar un nuevo reglamento de frecuencias aéreas internacionales, la Junta de Aeronáutica Civil, (i) tuvo presente que, como las frecuencias son insumos para las aerolíneas, la competencia por los pasajeros va a estar determinada por el resultado de la licitación por lo que, en consecuencia, las propiedades de eficiencia de un sistema de licitación por mayor oferta monetaria no necesariamente se cumplen cuando hay interacción *ex-post* entre los agentes participantes, (ii) propuso a los actores de la industria de transporte aéreo la idea de incorporar nuevas causales que provoquen la asignación de frecuencias internacionales distintas a las contenidas en el artículo 3° de la Ley de Aviación Comercial, (iii) propuso también formalizar el llamado a manifestar interés por parte de las aerolíneas por las frecuencias disponibles, (iv) expuso su opinión respecto a diferenciar los plazos para iniciar operaciones entre líneas establecidas y aerolíneas entrantes, (v) sugirió evaluar una declaración automática del abandono de frecuencias no operadas de acuerdo a los plazos estipulados, estableciendo razones o causas en las que se permita suspender el servicio, (vi) propuso evaluar que las líneas aéreas informen las modalidades de operación de las frecuencias en el proceso de licitación y que exista la obligación de la JAC de publicar anualmente el uso de las frecuencias asignadas, (vii) propuso la idea de establecer “*resguardos competitivos*” que debieran tenerse en cuenta en el proceso de asignación de frecuencias -e informar a la FNE para que se pronuncie acerca de los mismos-, tales como comportamiento de la aerolínea en el uso de las frecuencias obtenidas con anterioridad, participación de mercado, número de operadores en la ruta de la frecuencia disponible y forma de uso de la misma, (viii) planteó algunas alternativas relativas a la forma de uso de los derechos de tráfico y, (ix) finalmente, hizo referencia a “*distintos tipos de licitación*” para asignar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

frecuencias internacionales, entre ellas, la *“licitación por calidad de servicio”* y la *“licitación por tarifa mínima”* a usuarios;

Septuagésimo. Que la mayoría de las propuestas reseñadas -que enfrentaron la oposición de LAN, como consta a fojas 738 y siguientes- son materia de análisis en la presente sentencia, por ser ello indispensable para resolver el problema específico que plantea el requerimiento de autos, esto es, si la licitación de frecuencias aéreas restringidas mediante subasta al mejor postor, según mayor valor monetario ofertado, es la forma adecuada de adjudicar este insumo limitado, dadas las condiciones de competencia y entrada en el mercado de transporte aéreo chileno, y sobre todo dada la circunstancia de que existe un operador mayoritario en la industria chilena de transporte aéreo,

Septuagésimo primero. Que, al respecto, existe consenso en la literatura económica sobre que las licitaciones de insumos o recursos productivos limitados exclusivamente en base a ofertas monetarias, en los casos en que no existe suficiente competencia en el mercado de aguas abajo, invariablemente favorece a la empresa dominante, aumentando la concentración de mercado. Coincidentemente con ello, no existe en autos discrepancias entre las partes sobre el hecho de que la asignación de frecuencias aéreas al mejor postor, vía mayor oferta monetaria, favorece a la empresa dominante, en desmedro de las condiciones de competencia en dicho mercado, lo que de por sí justifica la racionalidad del requerimiento de autos. Ello es concordante con lo establecido en la Sentencia N° 44/2006, en la que ya se examinó la estructura del mercado de transporte aéreo de pasajeros chileno, y también con el hecho de que la gran mayoría de las frecuencias aéreas obtenidas por el Estado chileno mediante acuerdos y convenios internacionales, entre ellas las de carácter restringidos, han sido entregadas a LAN, muchas de ellas indefinidamente;

Septuagésimo segundo. Que, por otra parte, resulta decidor comprobar que prácticamente en ningún país del mundo las frecuencias aéreas restringidas son asignadas por la autoridad mediante licitación basada exclusivamente en ofertas monetarias. En efecto, como puede consultarse en fuentes públicas, como por ejemplo los portales que mantienen en *internet* las distintas agencias estatales con tuición sobre la aviación comercial, la gran mayoría de las autoridades aeronáuticas utilizan una mezcla de sistemas y formas de asignación que combinan criterios discrecionales con otros que tienen justificaciones técnicas o de otro tipo. Por ejemplo, la autoridad australiana considera los beneficios que determinada asignación implica para la competencia en la industria y para el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

turismo o la capacidad de las aerolíneas de expandir las ofertas de opciones para los consumidores. La brasileña toma en cuenta la capacidad de una determinada asignación para estimular la competencia entre las empresas. La autoridad española, por su parte, adjudica las frecuencias a aquellas empresas que tengan el mayor potencial para satisfacer los “intereses generales”. Para ello analiza las propuestas operativas que le presentan las compañías interesadas, y considera relevantes aspectos tales como la capacidad de las aerolíneas para satisfacer las múltiples necesidades de los consumidores cumpliendo con ciertos estándares de calidad, el ofrecimiento de la mejor relación precio/calidad, mejoras en la conectividad entre las regiones del país, o la capacidad para tener operaciones continuas utilizando de manera óptima los derechos asignados. Criterios similares utiliza la autoridad neozelandesa;

Septuagésimo tercero. Que, a su turno, la autoridad de los Estados Unidos de América considera una serie de factores para otorgar, vía licitación pública, la frecuencias restringidas, los que incluyen criterios relacionados con los servicios y tarifas ofrecidas por las compañías interesadas, además de los efectos de las propuestas sobre la estructura del mercado –principalmente su efecto sobre la competencia, tanto nacional como internacional–. Las capacidades de explotación y la velocidad de entrada al mercado son factores relevantes adicionales que también considera esta autoridad;

Septuagésimo cuarto. Que otras autoridades, como la mexicana y uruguaya, asignan las frecuencias en mayor o menor medida discrecionalmente, teniendo en vista, en algunos casos, criterios generales tales como la oferta de las mejores condiciones para la prestación del servicio, o factores como la competencia efectiva, permanencia y calidad del servicio;

Septuagésimo quinto. Que, por último, en la Unión Europea, las autoridades aeronáuticas de los estados miembros distribuyen en general las frecuencias de modo de incentivar las operaciones de varias aerolíneas y la entrada de nuevas empresas. Ello con el objeto de que los usuarios tengan mayores y mejores opciones de compra, mayor flexibilidad para viajar y la posibilidad de encontrar en el mercado las menores tarifas posibles. Estas autoridades también favorecen asignaciones a aerolíneas que estimulen el tráfico aéreo afuera de los principales aeropuertos de la Unión Europea, para así evitar el exceso de congestión;

Septuagésimo sexto. Que sólo Chile y Perú adjudican las frecuencias aéreas a la empresa que oferte la mayor suma de dinero, con la diferencia que en el caso

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de éste último país dicha adjudicación se realiza por el plazo de un año;

Septuagésimo séptimo. Que, con el objeto de que exista una comprensión clara de la inconveniencia de utilizar subastas al mejor postor, según mayor valor monetario ofrecido, para asignar las frecuencias aéreas restringidas, es importante reiterar que existen razones de diversa índole que explican el interés que puede tener una empresa con la posición de mercado de LAN para acumular frecuencias aéreas, algunas de las cuales se relacionan con eficiencia productiva y otras, sin embargo, con motivos estratégicos que pueden tener efectos anticompetitivos importantes y así afectar negativamente los niveles de bienestar social nacional;

Septuagésimo octavo. Que, respecto del primer grupo de razones, y como se tuvo en consideración en la Sentencia N° 44/2006, la acumulación de frecuencias aumenta el valor de la red de una empresa dominante para los usuarios finales, permitiendo a la compañía con poder de mercado combinar con mayor facilidad la demanda de pasajeros por motivos de negocios, más sensible a los tiempos de viaje, con la demanda de pasajeros por motivos de turismo, más sensible al precio del vuelo. Asimismo, este Tribunal sostuvo que la demanda esperada para una frecuencia determinada por parte de la empresa dominante, que ofrece un conjunto más amplio de destinos, será mayor que la que enfrenten sus competidores (consideraciones trigésimo octava y trigésimo novena). Lo anterior corrobora cómo los diversos mercados están interrelacionados en esta industria;

Septuagésimo noveno. Que, relacionado con lo anterior, en el mismo fallo mencionado se tuvo presente que el mercado de transporte aéreo se caracteriza por la existencia de importantes costos compartidos de producción, como resultado de la operación conjunta de múltiples rutas interconectadas. Así, la existencia de economías de densidad y de ámbito implican que, para un mismo tipo de servicio, el costo de explotación de una nueva frecuencia será inferior para una aerolínea que opera múltiples rutas que para otra aerolínea que posee una red de menor tamaño;

Octogésimo. Que, ahora en lo que dice relación con motivos estratégicos, exclusorios y anticompetitivos, y como también se razonó en la Sentencia N° 44/2006, la empresa dominante tiene incentivos a adquirir frecuencias aéreas restringidas con propósitos distintos a explotarlas comercialmente. En efecto, concentrar frecuencias puede servir para erigir barreras a la entrada de eventuales competidores, o para amenazar a potenciales entrantes con la posibilidad de que el incumbente amplíe sus operaciones en la ruta desafiada. Todo ello con el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objetivo final de proteger rentas monopólicas. Adicionalmente, cuanto menor sea el número de participantes en el mercado relevante, más factible es, en principio, alcanzar acuerdos con otras aerolíneas a efectos de disminuir el grado de competencia;

Octogésimo primero. Que, además, a mayor tamaño de la red de destinos de una aerolínea, mayores serán sus oportunidades de ser elegida por otras aerolíneas para establecer acuerdos de códigos compartidos, o para forjar alianzas estratégicas que potencien las redes de los participantes en tales acuerdos;

Octogésimo segundo. Que, entonces, la asignación al mejor postor de frecuencias aéreas restringidas, según mayor oferta monetaria, es uno de varios factores que se retroalimentan y que contribuyen a consolidar, o tienden a aumentar, el poder de mercado de la empresa dominante en la industria, tanto en el mercado (ruta) específico en cuestión como en los demás destinos que sirva;

Octogésimo tercero. Que el informe económico acompañado por el requirente a fojas 1397 reafirma esta conclusión. En éste se concluye que *“El asignar insumos limitados como frecuencias aéreas o derechos de despegue mediante el mecanismo de mayor pago permite que operadores con poder de mercado en la ruta bloqueen el ingreso de aerolíneas tanto o más eficientes que la incumbente. La mayor disposición a pagar de la aerolínea incumbente reflejaría en tal caso una protección de rentas monopólicas de dicha empresa... De este modo la licitación por mayor pago no es un mecanismo eficiente de asignar un insumo escaso”*;

Octogésimo cuarto. Que lo anterior no es discutido sino que confirmado por los informes aportados por la propia LAN. A modo de ejemplo, en el informe que rola a fojas 418 se admite que *“...una firma incumbente con poder de mercado podría tener incentivos para ofrecer más que sus competidores por el recurso escaso, de modo de excluirlos del mercado. Al hacer su oferta, la firma estaría no sólo considerando el beneficio marginal que le reporta el recurso, sino también el perjuicio que el ingreso de nuevos operadores ocasionaría en los beneficios actuales.”*;

Octogésimo quinto. Que, a mayor abundamiento, en el informe aportado por LAN, rolante a fojas 505, se señala textualmente que *“...incluso bajo condiciones de frecuencias restringidas, si el mercado es competitivo, ninguna empresa tendría incentivos para acumular frecuencias con el objetivo de restringir la oferta, ni*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tendría la posibilidad de utilizar las frecuencias como posibles barreras a la entrada. Cualquier empresa que dejara frecuencias inutilizadas estaría perdiendo rentabilidad y facilitando la posibilidad de que sus competidores ganen presencia en el mercado. Por el contrario, ..., en el caso extremo de que existiera una situación de monopolio, a esta empresa si (SIC) podría convenirle incurrir en prácticas tales como limitar el uso de frecuencias disponibles”;

Octogésimo sexto. Que, entonces, habiendo consenso en que, en una situación no competitiva en el mercado aguas abajo, la asignación por mejor oferta monetaria beneficia al incumbente y perjudica la competencia, el análisis que debe realizarse en esta sede, a objeto de resolver el conflicto planteado en este proceso entre la autoridad que representa el interés general en materia económica y la autoridad aeronáutica, ha de centrarse en el grado de competencia que existe en el mercado chileno del transporte aéreo en general y en la ruta Santiago-Lima en particular;

Octogésimo séptimo. Que, este Tribunal realizará tal análisis en las consideraciones siguientes. Ello, a pesar de que constituye una dificultad importante, para estudiar la organización y desempeño competitivo de la industria del transporte aéreo de pasajeros en Chile, la inexistencia de datos respecto a la evolución de los precios de los pasajes aéreos, debidamente segregados en categorías de pasajes y la falta de acceso público a datos sobre los diferentes costos que enfrentan las aerolíneas. Tanto es así, que ni siquiera quienes realizaron informes económicos para ser presentados por LAN en este proceso dispusieron de tal información;

Octogésimo octavo. Que, para comenzar, la requerida ha argumentado en autos que la ruta Santiago-Lima es competitiva. En primer lugar sostiene que los vuelos directos entre Santiago y Lima tendrían como sustitutos los vuelos entre ambas ciudades con escalas, los que no se encuentran restringidos, por lo que la competencia potencial sería disciplinadora. Así, se ha argüido que este es un mercado desafiante, por lo que la sola amenaza de entrada lograría disciplinar a LAN, impidiéndole fijar precios por sobre los de competencia. Un segundo argumento, ligado a dicha aseveración, es que la oferta de vuelos a Lima podría aumentar, ya sea por cambios en asignación de asientos o cambios de tamaño de avión en las aerolíneas existentes hoy, como también por la entrada de nuevas aerolíneas de otros países;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo noveno. Que este Tribunal se hará cargo primeramente de la argumentación enunciada en la consideración anterior referente a la desafiabilidad del mercado, y analizará si efectivamente una participación de mercado importante, o la falta de competencia efectiva, no serían idóneas para conferir poder de mercado a la empresa dominante, puesto que la sola amenaza de entrada sería suficiente para disciplinarla;

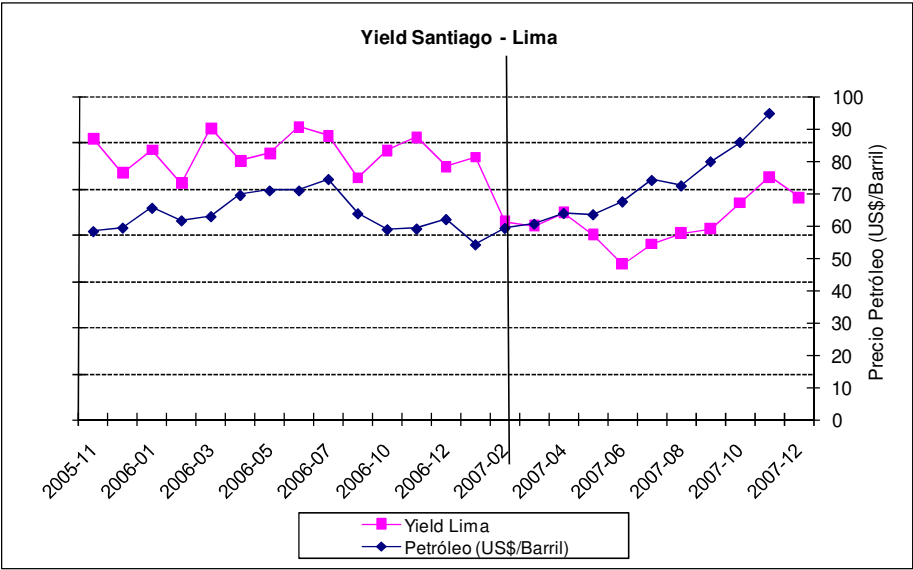
Nonagésimo. Que, tal como se señala en el informe económico acompañado a fojas 61, si bien la contestabilidad del mercado aeronáutico fue una teoría que se sostuvo a principios de los años ochenta, desde entonces se ha desarrollado una abundante literatura especializada, liderada por el trabajo de Severin Borenstein (*"Hubs and High Fares: Dominance and Market Power in the U.S. Airline Industry"*, 1989), economista especialista en el tema, en la que se muestra empíricamente que, como ya se dijo, las líneas aéreas ya establecidas y con base en un *hub* tienen ventajas sustantivas respecto de potenciales entrantes. Lo anterior les permite fijar precios por encima de los costos, sin que ello necesariamente induzca nueva entrada. El mismo Borenstein concluye en su trabajo que la habilidad de una aerolínea para cobrar precios por sobre los costos en una determinada ruta, está correlacionada positivamente con la participación de mercado de la misma en dicha ruta, así como en los aeropuertos conectados. Por su parte, otros economistas (Evans y Kessides, *"Localized Market Power in the U.S. Airline Industry"*, 1993) muestran que la presencia dominante en aeropuertos confiere poder de mercado a una aerolínea. Lo anterior, junto con los programas de viajero frecuente y las estructuras de comisiones a agencias de viajes, constituyen indicios sobre la relevancia de barreras de entrada a este mercado;

Nonagésimo primero. Que, al respecto, y tal como muestran el informe económico acompañado a fojas 61 por la JAC y el escrito de la FNE de fojas 1427, la evolución efectiva de las tarifas promedio de LAN en la ruta Santiago-Lima, y su relación con la entrada y salida de competidores a la ruta a lo largo de los años, no es consistente con la hipótesis de desafiabilidad planteada en autos. En dicha ruta se ha observado una caída en las tarifas promedio como reacción ante la entrada de una nueva aerolínea que utilizó un modelo de negocios diferente (de bajo costo). Si bien la reacción de la empresa es la esperable en el momento que enfrenta mayor competencia, no sería lo observado si este mercado fuese desafiable, es decir, si la sola amenaza de entrada de uno o más competidores fuera suficiente para disciplinar la conducta de la empresa incumbente y evitar, de esta manera, el posible abuso de su poder de mercado;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

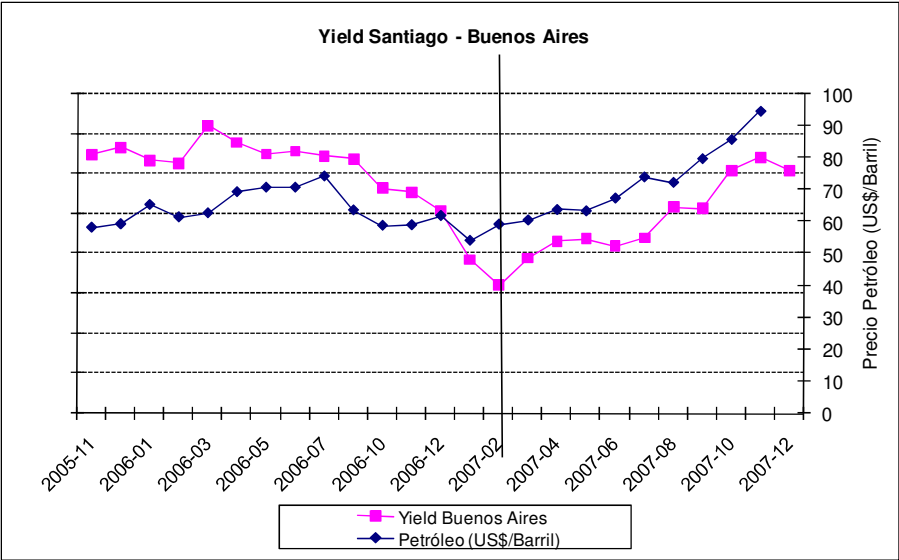
Nonagésimo segundo. Que para ilustrar este aserto, a continuación se muestra la trayectoria de los *yields* promedio de LAN (se entiende por *yield* la recaudación promedio por pasajero por kilómetro para un vuelo), divididos por el precio del petróleo en el correspondiente mes, para las rutas Santiago-Lima, Santiago-Buenos Aires y Santiago-Montevideo. Debe tenerse presente que Gol entró a las primeras dos rutas en febrero de 2007;

Gráfico 1
Yield Ruta Santiago – Lima /Precio Petróleo – LAN



Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada a fojas 851, e información respecto a precio del petróleo disponible en www.bcentral.cl. Dado que la información respecto a *yields* fue acompañada de forma confidencial, no se muestran los valores en los gráficos.

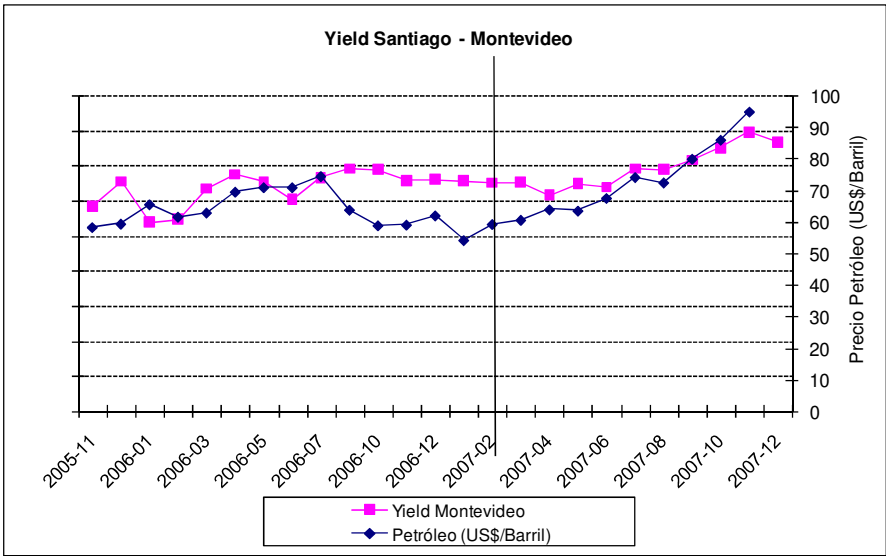
Gráfico 2
Yield Ruta Santiago – Buenos Aires /Precio Petróleo – LAN



Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada a fojas 851, e información respecto a precio del petróleo disponible en www.bcentral.cl. Dado que la información respecto a *yields* fue acompañada de forma confidencial, no se muestran los valores en los gráficos.

Gráfico 3

Yield Ruta Santiago – Montevideo /Precio Petróleo – LAN



Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada a fojas 851, e información respecto a precio del petróleo disponible en www.bcentral.cl. Dado que la información respecto a *yields* fue acompañada de forma confidencial, no se muestran los valores en los gráficos.

Nonagésimo tercero. Que la información acompañada por la JAC a fojas 900 confirma lo expuesto por el informe acompañado por este organismo a fojas 61 y por la FNE a fojas 1427, en el sentido que se observa una caída de 32% en el *yield* promedio de la ruta Santiago-Lima ante la entrada de Gol a la misma (este cálculo se efectuó comparando el *yield* promedio, dividido por el precio del petróleo en cada mes, entre los períodos noviembre 2005-enero 2007 y febrero 2007- diciembre 2007). Se realizó el mismo ejercicio para la ruta Santiago-Buenos Aires, a la que Gol también entró en febrero de 2007, observándose una caída promedio de 28% en el *yield* corregido por el precio del petróleo. En el caso de la ruta Santiago-Montevideo, no se observan diferencias entre los *yields* promedio (dividido por precio del petróleo) para los períodos analizados. Este resultado reafirma la noción de que sólo al concretarse la entrada de una nueva aerolínea – incluso una de bajo costo– se ejerce presión a la baja en los precios de LAN, tal como se afirma también en el informe económico rolante a fojas 505;

Nonagésimo cuarto. Que la falta de desafiabilidad de este mercado se explica justamente por las trabas que existen para establecer, en forma oportuna, una alternativa de servicio cuando el dominante sube los precios. En este sentido, y previo a analizar las alternativas que plantean tanto la requerida como su coadyuvante, esto es la posibilidad de ofrecer vuelos con escala y la oferta de otras líneas internacionales, a continuación se analiza la amenaza competitiva

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

más obvia, es decir, los vuelos que pudieran ofrecer las aerolíneas peruanas que tienen los mismos derechos de vuelo -por reciprocidad- que LAN;

Nonagésimo quinto. Que, en tal orden de cosas, en la ruta materia de este proceso, llama la atención de este Tribunal que una filial de la línea aérea dominante chilena sea la línea aérea del país contraparte que sirve principalmente la ruta materia de autos. En efecto, de acuerdo con la información rolante a fojas 574 bis 163 y siguientes y contenida en el informe económico rolante a fojas 467, de las 21 frecuencias asignadas en Perú por la autoridad de ese país, LAN Perú tiene 14 asignadas y TACA 7. Entonces, en el caso de esta ruta, no existe el contrapeso natural de una línea aérea del país de destino que sí se observa en otros casos, como ya ha sido señalado. La observación anterior refuerza la idea de que la competencia potencial de parte de aerolíneas peruanas no necesariamente es disciplinante para la empresa dominante en esta ruta. De la misma forma, y tal como se expone en el informe económico rolante a fojas 324, el hecho que las frecuencias se encuentren restringidas podría facilitar la cartelización de la industria (si fuese el caso, por ejemplo, de un duopolio binacional; no obstante, el caso de autos consiste en dos sociedades relacionadas), toda vez que las compañías participantes de dicho duopolio tienen alineados sus incentivos para evitar la ampliación de las frecuencias disponibles si éstas, dada una determinada demanda por la ruta, permiten extraer rentas sobrenormales. En este escenario, se esperaría que las empresas dominantes apoyaran un aumento de las frecuencias disponibles sólo si éstas son menores a las necesarias para satisfacer la demanda a precios monopólicos o al precio que maximice sus utilidades. Este argumento es evidentemente aplicable en el caso de autos, ya que se está hablando de una matriz (LAN) y su filial (LAN Perú);

Nonagésimo sexto. Que, habiéndose considerado las razones por las cuales no es efectiva la fuente de competencia que en principio podría vislumbrarse como la amenaza competitiva natural, corresponde ahora hacerse cargo de la amenaza competitiva que, según esgrime la requerida, existe en esta ruta en particular. Es decir, la posibilidad de hacer vuelos con escala en ciudades secundarias de ambos países y, por otra parte, la oferta que pueden hacer líneas aéreas de terceros países usando derechos de quinta libertad;

Nonagésimo séptimo. Que, al respecto, la requerida y su coadyuvante han argumentado a lo largo del proceso que los vuelos directos entre el par de ciudades en cuestión tendrían como sustituto cercano a los vuelos con escalas, por lo que formarían parte del mismo mercado relevante. Se ha sostenido que,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dado que el trayecto Santiago-Lima es relativamente corto, los vuelos con escalas, a precios inferiores al vuelo directo, serían una alternativa viable, al menos para el segmento de consumidores de tipo “turistas”, que se espera presenten una demanda más elástica a precio que el segmento de viajeros de negocios. Lo anterior cobra especial relevancia, puesto que no existen restricciones para que operadores nacionales realicen vuelos entre estas dos ciudades, siempre que tengan una escala en el país de la aerolínea;

Nonagésimo octavo. Que este Tribunal entiende que los vuelos con escalas no son sustitutos lo suficientemente cercanos de los vuelos directos como para lograr disciplinar con efectividad un eventual abuso de posición de dominio de una firma, al menos en el segmento de viajeros de negocios. Por el lado de la oferta, los vuelos con escalas tienen costos mayores que los vuelos sin escalas, principalmente por el del mayor combustible requerido y el pago de derechos asociados a la escala. En el mismo sentido apunta, por lo demás, lo declarado por un representante de LAN en la absolución de posiciones que rola a fojas 848 y siguientes. Luego, para que un vuelo con escalas sea rentable para una compañía, ésta debería esperar percibir al menos ingresos que compensen los mayores costos asociados a la misma. Ello, sin embargo, se dificulta claramente dado que, por el lado de la demanda, los vuelos con escalas son un sustituto inferior de los vuelos directos, por lo que –al menos para el trayecto total Santiago-Lima– es esperable que la disposición a pagar de los consumidores sea menor que para un vuelo directo;

Nonagésimo noveno. Que otro motivo que hace que los vuelos con escalas sean un sustituto evidentemente inferior a los vuelos directos es el mayor tiempo de viaje de los primeros. En particular, para trayectos relativamente cortos (como el par de ciudades Santiago-Lima), el tiempo extra que implica una escala puede llegar a constituir una proporción importante del tiempo total de vuelo, lo que hace que la diferencia en el tiempo total de vuelo entre un viaje sin escalas y uno con escalas sea un atributo importante. Es dable esperar que la relevancia de tal diferencia, desde el punto de los usuarios finales, sea válida no sólo para el segmento de viajeros de negocios, sino también para al menos alguna proporción de los viajeros del segmento de turistas;

Centésimo. Que, a juicio de este Tribunal, el aserto contenido en las consideraciones anteriores se ve corroborado por el hecho de que, a pesar de estar constreñida por la saturación de la ruta a la que se refiere este proceso,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

según ha informado la requerida en su escrito de contestación, la propia LAN nunca ha ofrecido vuelos con escala en la misma;

Centésimo primero. Que, en consecuencia, este Tribunal es de opinión que deben desecharse los argumentos esgrimidos por la requerida y su coadyuvante en cuanto a que los vuelos con escalas sean un sustituto relevante a los vuelos directos en la ruta Santiago – Lima;

Centésimo segundo. Que, establecido lo anterior, corresponde ahora analizar cuál es el grado de competencia potencial y efectiva que enfrenta la aerolínea dominante en dicha ruta;

Centésimo tercero. Que, en esta materia, se observa en primer término que, como ha sido señalado en los informes económicos acompañados a fojas 61, 409 bis, 418, 467 y 505, LAN ha enfrentado competencia de parte de dos empresas extranjeras en los últimos años, como se observa en el siguiente cuadro:

Cuadro 7

Participación de mercado, ruta Santiago – Lima
(total salidas desde + llegadas a Chile)

(número de pasajeros)

Santiago – Lima					
Líneas aéreas por grupo	2004	2005	2006	2007	2008 (a mayo)
Grupo LAN	192.787	231.833	241.502	315.873	148.678
Grupo TACA	29.799	27.615	22.461	27.479	8.497
Gol	0	0	0	29.277	10.073
Otras	319	343	121	830	194
Total	222.905	259.791	264.084	373.459	167.442

(porcentajes)

Santiago – Lima					
Líneas aéreas por grupo	2004	2005	2006	2007	2008 (a mayo)
Grupo LAN	86,5%	89,2%	91,4%	84,6%	88,8%
Grupo TACA	13,4%	10,6%	8,5%	7,4%	5,1%
Gol	0,0%	0,0%	0,0%	7,8%	6,0%
Otras	0,1%	0,1%	0,0%	0,2%	0,1%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: Elaboración propia, en base a información disponible en www.jac-chile.cl.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo cuarto. Que, sin embargo, debe tenerse en consideración que, en el caso de Taca, esta empresa opera 7 frecuencias semanales a Lima, y sus vuelos a Lima son parte de la ruta Santiago-Lima-San José de Costa Rica, por lo que sólo parte de cada vuelo es ofrecido para la ruta Santiago-Lima. Según consta a fojas 887, el 16% de los pasajeros de esta ruta tienen como destino final Lima. Taca informó a este Tribunal que no está en sus planes de corto plazo la expansión de la oferta en este tramo (fojas 887). Ello queda corroborado por el hecho de que el número de pasajeros atendido por este grupo en la ruta Santiago-Lima-Santiago decreció entre los años 2004 y 2007, en circunstancias que el número total de pasajeros en la ruta aumentó en 68%. Hay que tener presente que esta empresa es la única otra que tiene *hub* en Lima, por lo que era de esperar que la competencia más fuerte para LAN fuese esta compañía;

Centésimo quinto. Que, en el caso de Gol (fojas 1001), esta empresa comenzó a servir la ruta Santiago-Lima recién el 2007 como parte de los vuelos que conectan Brasil con Lima, pasando por Buenos Aires y Santiago. En el tramo Santiago-Lima, Gol no ofrece pasajes para el segmento ejecutivo, y los horarios de los vuelos son poco atractivos, al menos para dicho segmento (Lima-Santiago despegue a las 02:30, y Santiago-Lima a las 23:15). Conviene recordar en este punto que la oferta de Gol sigue un esquema de negocios de aerolínea “de bajo costo” por lo que, en principio, y tal como se sostuvo anteriormente en esta sentencia, ejerce presión competitiva a la aerolínea incumbente sólo en el segmento “turista”;

Centésimo sexto. Que, como se mencionó en la consideración nonagésimo primera, se ha observado que la entrada de Gol provocó una caída en las tarifas promedio –y en las tarifas mínimas– en este tramo. Lo anterior sería consistente con la observación de que LAN enfrenta presión competitiva sólo en el segmento de consumidores con mayor elasticidad precio de la demanda, manteniendo una posición difícil de desafiar en el segmento de viajeros de negocios;

Centésimo séptimo. Que es aún temprano para saber si la baja en tarifas en el tramo Santiago-Lima se debe a una presión competitiva de equilibrio duradero o a una práctica transitoria de LAN para inducir a GOL a salir del mercado. Tal como se señala en el informe “Organización Industrial del Transporte Aéreo en Chile” acompañado por la JAC a fojas 61, históricamente se ha observado una rotación importante de empresas en la industria aérea nacional. En el período 1990-2004, se pasó de un escenario en que LAN Chile y Ladeco eran un duopolio simétrico a una única empresa dominante, cuando estas dos empresas se fusionaron en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1997. Las demás empresas han ido entrando y saliendo de la industria, con una permanencia de tres a cuatro años en ella;

Centésimo octavo. Que sobre la posibilidad de que se expanda la oferta de otras líneas aéreas para servir la ruta Santiago-Lima, el trabajo acompañado por la JAC a fojas 61, ya citado, aporta información sobre las líneas aéreas del continente americano que actualmente tienen derechos que las habilitan para servir el tramo Lima-Santiago. A continuación se reproduce el cuadro incluido en ese estudio, que indica las frecuencias disponibles para servir ese trayecto;

Cuadro N°8
Frecuencias disponibles para operar
SCL-LIM-SCL sin escalas

Frecuencias no usadas de actuales operadores ruta SCL - LIM	
Perú	6
Brasil	21
Costa Rica	1
Frecuencias posibles de usar por aerolíneas que operan en Stgo y Lima (por uso 5tas libertades)	
Ecuador	7
Estados Unidos	cielos abiertos

Fuente: Informe acompañado a fojas 61, en base a datos de la Junta de Aeronáutica Civil

Centésimo noveno. Que, en general, este Tribunal estima muy poco probable que un aumento en la tarifa del tramo Santiago-Lima sea un estímulo suficiente para que las aerolíneas con *hub* en ciudades distintas de Lima o Santiago expandan su oferta. Lo anterior, porque ello involucra partir desde y volver a su país de origen. En otras palabras, el costo de hacer todo el recorrido no necesariamente se justificaría por el aumento de precios en un solo tramo, a menos que ese aumento fuese exageradamente abusivo. Además, la posibilidad de que American Airlines lo haga, teniendo un acuerdo de código compartido con LAN, tampoco parece probable. Ello se hace aún más evidente si se consideran, adicionalmente, las ventajas que tienen las líneas aéreas que tienen como *hub* el aeropuerto desde el cual parte el pasajero;

Centésimo décimo. Que con respecto a la potencial oferta de Lacsa-Taca, que tiene *hub* en Lima y que podría aspirar a las frecuencias no asignadas aún en Perú, en la consideración centésimo cuarta ya se descartó la probabilidad que esta empresa aumente su oferta;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo undécimo. Que de las consideraciones anteriores este Tribunal concluye que el mercado constituido por el par de ciudades Santiago-Lima no es desafiante, pues (i) ni la posibilidad de ofrecer vuelos con escalas, (ii) ni la oferta de otras líneas internacionales, (iii) ni los vuelos que pudieran ofrecer las aerolíneas peruanas que tienen los mismos derechos de vuelo -que, como se vio, los ofrece una sociedad relacionada a LAN-, constituyen sustitutos suficientemente cercanos como para representar una alternativa real a los servicios que presta la empresa dominante;

Centésimo duodécimo. Que, en otro orden de cosas, este Tribunal abordará a continuación la interrelación existente entre los mercados constituidos por las rutas aéreas internacionales y las nacionales. Cabe hacerse cargo de este tema habida cuenta de que uno de los argumentos esgrimidos por Sky Airlines y Air Comet a fojas 214 y 223 bis, respectivamente, respecto de la conveniencia de excluir a LAN de participar en la licitación de siete frecuencias a Perú, consiste en la relación que existiría entre los vuelos nacionales de una línea aérea y los vuelos internacionales ofrecidos por la misma. Como una forma de dimensionar el alcance de esta relación, a continuación se razona en torno a algunas estadísticas aportadas por LAN y la FNE a fojas 910 y 1427;

Centésimo decimotercero. Que este tema fue considerado por este Tribunal tanto en la Sentencia N° 44/2006 como en la resolución que recibió la causa a prueba en este proceso. La hipótesis es que al tener LAN la posibilidad de llegar a diversos destinos internacionales –vedados a otras líneas aéreas chilenas– adquiere una ventaja irreproducible para competir en el mercado de vuelos dentro del territorio chileno, puesto que es más eficiente contratar todo el trayecto con una sola aerolínea, en vez de tener que cambiar de compañía en Santiago después de viajar desde regiones. El argumento en la Sentencia N° 44/2006 se refería principalmente al transporte de carga;

Centésimo decimocuarto. Que, contraargumentando tal hipótesis, se puede deducir de datos aportados por LAN a fojas 910 que, para el caso específico de la ruta Santiago-Lima, en torno a un 4% de los pasajeros de LAN demandaron además transporte aéreo dentro de Chile en un mismo vuelo. Por su parte, considerando el total de rutas restringidas, el mismo porcentaje de los pasajeros de LAN que volaron en estas rutas demandaron, además, transporte nacional;

Centésimo decimoquinto. Que, por su parte, la FNE -tomando como base los mismos datos aportados por LAN- concluye que cerca del 11% de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

pasajeros que transporta LAN dentro de Chile tiene relación con segmentos internacionales –considerando la totalidad de las rutas-, lo que sería una muestra más de las sinergias por el lado de la demanda entre rutas, y la preferencia de los consumidores por aerolíneas con amplias redes de destinos;

Centésimo decimosexto. Que, sin embargo, no se han aportado en autos datos sobre el transporte de carga para evaluar la extensión de la relación entre participación en mercados internacionales y competencia en el mercado nacional. Por lo tanto, este Tribunal considera que las alegaciones de LAN en este punto tienen fundamento parcial. Sin embargo, en las consideraciones siguientes se analizará una relación directa entre ambos mercados, que proviene del plan de autorregulación de LAN;

Centésimo decimoséptimo. Que, en efecto, lo verdaderamente relevante para los fines de lo tratado en la presente sentencia es la relación entre la competencia que existe en rutas con frecuencias aéreas restringidas, como la de Santiago-Lima, y las tarifas que se cobran en las rutas nacionales, de acuerdo al Plan de Autorregulación Tarifaria de LAN, cuyas últimas modificaciones fueron aceptadas en la Resolución N°9/2005 de este Tribunal;

Centésimo decimooctavo. Que LAN se obliga en dicho plan a que la tarifa promedio mensual por kilómetro (*yield*) cobrada en mercados no competitivos nacionales no puede superar, en igual período, al *yield* promedio cobrado en rutas competitivas, en tramos de distancia equivalentes. Para esos efectos, se entiende por “ruta competitiva” aquella servida por otra línea aérea, además de la autoregulada, con al menos una frecuencia diaria. En caso de no existir rutas competitivas de distancia equivalentes, la empresa debe tomar la tarifa promedio por kilómetro de los grupos de rutas competitivas de los tramos de distancia inmediatamente anterior y siguiente. En caso que tampoco existan rutas equivalentes en esos tramos, se consideran como referencia ciertas rutas internacionales, a saber: Santiago-Buenos Aires, Santiago-Montevideo, Santiago-Lima, Santiago-Sao Paulo y Santiago-Río de Janeiro. Adicionalmente, para cada tramo de distancia, el valor promedio por kilómetro cobrado en los mercados no competitivos durante un semestre no puede ser mayor que la tarifa promedio por kilómetro de los últimos seis meses cobrada en los mercados internacionales de referencia en el mismo semestre;

Centésimo decimonoveno. Que, como se desprende de lo anterior, el Plan de Autorregulación Tarifaria de LAN parte de la base de que las rutas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

internacionales de referencia son competitivas. El grado de competencia efectiva en las rutas internacionales mencionadas tiene entonces un efecto directo en la holgura enfrentada por LAN ante el Plan de Autorregulación, al menos en algunas rutas no competitivas;

Centésimo vigésimo. Que, al respecto, en opinión de este Tribunal, si bien las rutas internacionales de referencia utilizadas en dicho Plan se ajustan formalmente a la definición de “rutas competitivas” que éste utiliza, pues tienen como mínimo una frecuencia semanal servida por otra línea aérea, al menos la ruta Santiago-Lima no es realmente una ruta competitiva –en el sentido que enfrente presión competitiva suficiente de parte de sus competidores–, de acuerdo a lo argumentado en las consideraciones precedentes. Por esto, las condiciones de competencia en la ruta Santiago-Lima tienen, además, efectos directos sobre el mercado aeronáutico interno. Lo anterior será debidamente ponderado para el pronunciamiento del Tribunal en la presente sentencia, habida cuenta de que hay rutas en Chile que todavía no pueden considerarse competitivas, ni siquiera siguiendo la estrecha definición que adopta el “Plan de Autorregulación” de LAN;

Centésimo vigésimo primero. Que, establecido todo lo anterior y habiéndose asentado en la presente sentencia que en casi la totalidad de las rutas aéreas desde y hacia Chile, incluyendo por cierto la relacionada con la presente causa, existe una clara dominancia de una empresa de transporte aéreo; y que si bien dicha dominancia, como se ha dicho, no encuentra su origen exclusivo en la monopolización de las frecuencias aéreas restringidas, es la opinión de este Tribunal que dicha monopolización sí constituye un escollo insalvable para la entrada de un competidor en la ruta que sea capaz de disciplinar a la empresa dominante, tal como se ha argumentado en la presente sentencia;

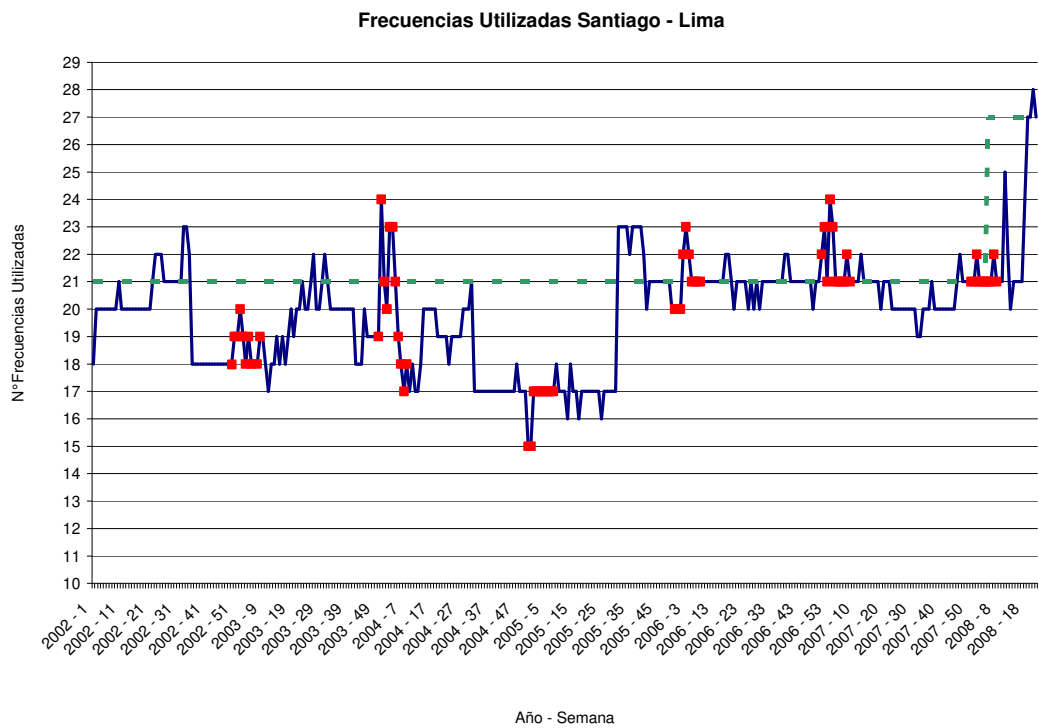
Centésimo vigésimo segundo. Que, sin embargo, la coadyuvante de la requerida alegó que aunque tuviera el incentivo a acumular frecuencias aéreas con fines distintos a su uso efectivo, no podría hacerlo puesto que la JAC podría considerarlas abandonadas si no las operara regularmente durante seis meses, y asignarlas nuevamente, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 7º del Decreto Supremo Nº 102, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 17 de junio de 1981, ya mencionado;

Centésimo vigésimo tercero. Que este Tribunal estima que tal facultad de la autoridad no resulta en un impedimento, puesto que la expresión “operación regular” que utiliza la norma citada en la consideración precedente tiene un

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

significado y alcance muy imprecisos –como el estudio rolante a fojas 1397 acepta y también expone la requerida en el documento que rola a fojas 161 y siguientes del cuaderno de documentos de la JAC –. Por un lado, “operación” es un concepto ambiguo, puesto que se puede satisfacer usando aeronaves de distinto tamaño para manejar la oferta. Por otro, la voz “regular” no está definida, pudiendo satisfacerse este requisito de regularidad con periodicidades diferentes. En todo caso –y esto es lo verdaderamente relevante– nunca la JAC ha caducado la asignación de frecuencias a ninguna línea aérea nacional por este concepto, como reconoce la propia requerida a fojas 574. A continuación se dan algunos ejemplos de no uso de frecuencias respecto de las cuales la autoridad no ha ejercido su facultad:

Gráfico 4
Frecuencias otorgadas por Chile, utilizadas por LAN, Santiago - Lima



Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada por LAN a fojas 1786.
Nota 1: Marcas en rojo corresponden a períodos de verano.
Nota 2: La línea punteada muestra el número de frecuencias semanales en posesión de LAN. La línea continua muestra el número de frecuencias semanales efectivamente utilizadas por LAN.

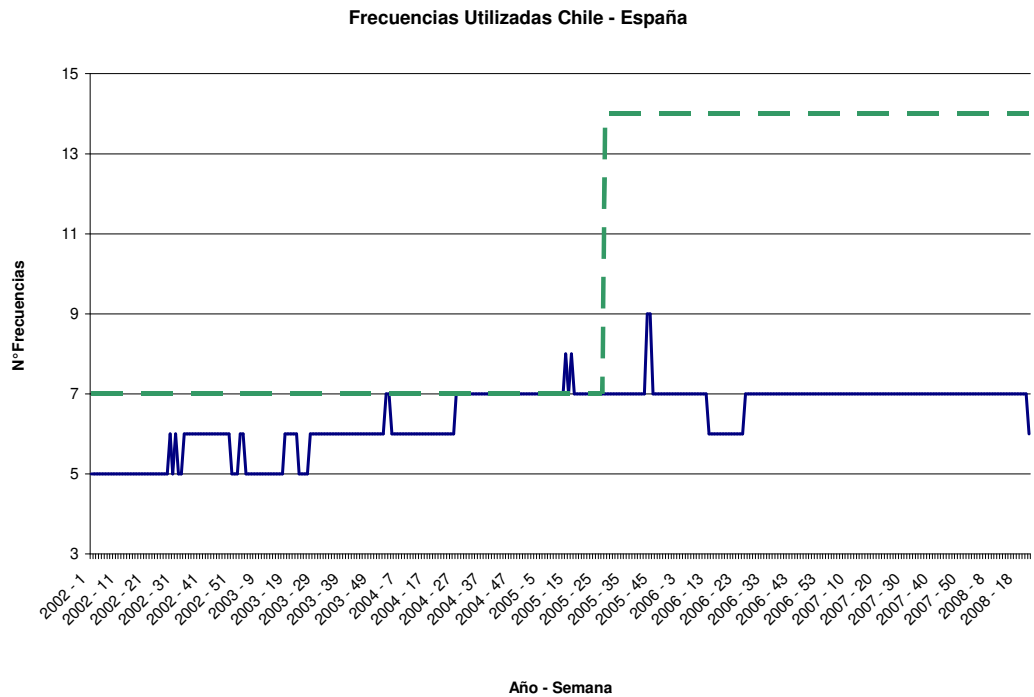
Centésimo vigésimo cuarto. Que, en el gráfico anterior, la línea de puntos muestra el número de frecuencias semanales controladas por LAN (desde Chile, sin contar las frecuencias asignadas a LAN Perú). Como se desprende del gráfico, LAN consistentemente no utilizó cuatro frecuencias que tenía asignadas, durante al menos un año. Sólo se observa una utilización de la totalidad de las frecuencias otorgadas en Chile a contar de septiembre de 2005;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo quinto. Que, además, debe tenerse presente que LAN posee catorce frecuencias adicionales para servir la ruta Santiago-Lima, otorgadas a su filial LAN Perú (como consta en el informe acompañado por LAN a fojas 467). Si bien no se cuenta con información respecto del número de frecuencias utilizadas por LAN Perú, de acuerdo a información acompañada por la FNE a fojas 1427, no controvertida, es posible concluir que, en el año 2006, LAN Perú no transportó pasajeros entre Santiago y Lima durante cuatro meses. Luego, no hizo uso de esas 14 frecuencias en dichos meses. En cualquier caso, no hay evidencia concluyente respecto de si LAN Perú utilizó o no estas frecuencias con posterioridad a 2006;

Centésimo vigésimo sexto. Que, por otro lado, el siguiente gráfico muestra el uso que LAN ha hecho de las frecuencias a España que le han sido asignadas. LAN obtuvo 7 frecuencias a ese país en julio de 2005 y, como se puede observar en el gráfico, no hizo uso de ellas. Ello se puede explicar por el acuerdo de código compartido que tiene con Iberia. Sky Airlines no ha hecho uso tampoco de las 7 frecuencias que se le asignaron a en esa fecha;

Gráfico 5
Frecuencias otorgadas por Chile, utilizadas por LAN, Santiago - Madrid



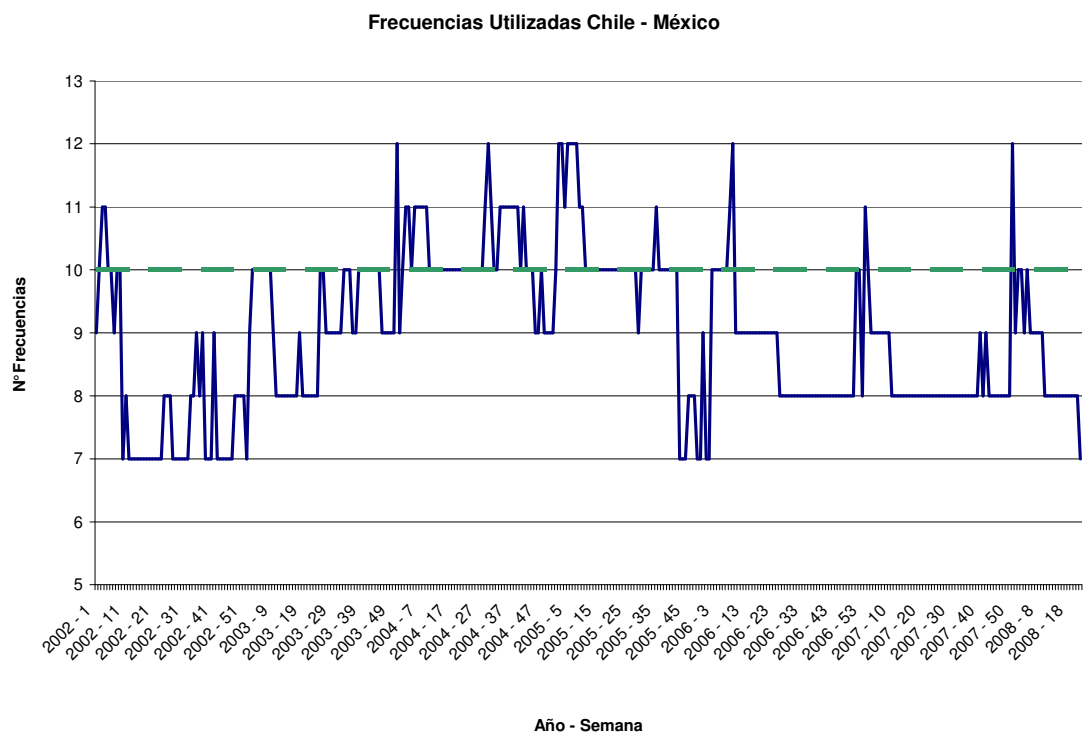
Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada por LAN a fojas 1786.
Nota: La línea punteada muestra el número de frecuencias semanales en posesión de LAN. La línea continua muestra el número de frecuencias semanales efectivamente utilizadas por LAN.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo séptimo. Que, en el caso de las frecuencias de que dispone LAN para volar a México, el gráfico 3 muestra que, en 2006, esa compañía no utilizó una de las frecuencias asignadas por un período de 41 semanas, y lo mismo por un período de 48 semanas en el año 2007. Estos períodos son superiores al máximo permitido, en teoría, por el reglamento contenido en el Decreto Supremo 102, ya citado, para revocar el otorgamiento de una frecuencia aérea;

Gráfico 6

Frecuencias otorgadas por Chile, utilizadas por LAN, Santiago - México



Fuente: Elaboración propia, en base a información acompañada por LAN a fojas 1786.
Nota: La línea punteada muestra el número de frecuencias semanales en manos de LAN. La línea continua muestra el número de frecuencias semanales efectivamente utilizadas por LAN.

Centésimo vigésimo octavo. Que, así las cosas, el argumento esgrimido por la requerida y su tercero coadyuvante, en relación a que no existen incentivos a adquirir frecuencias para no usarlas ya que, de hacerlo, la JAC caducaría su asignación, no tiene ningún asidero en el proceso;

Centésimo vigésimo noveno. Que, por lo anterior, en lo resolutivo de la presente sentencia este Tribunal ordenará a la Junta de Aeronáutica Civil implementar un sistema de monitoreo constante y eficaz del uso efectivo por parte de las aerolíneas de las frecuencias aéreas internacionales que se les hayan

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adjudicado, y ejercer estrictamente, cuando corresponda, la facultad contenida actualmente en el artículo 7º del Decreto Supremo N° 102, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1981, existan o no interesados en las frecuencias correspondientes distintos a quienes las tengan asignadas. Para ello, estos sentenciadores consideran que es indispensable establecer un registro de acceso público de los vuelos que realizan las compañías aéreas en las distintas rutas restringidas;

Centésimo trigésimo. Que estos sentenciadores consideran también imprescindible fomentar la información y maximizar la concurrencia de interesados a los procesos de asignación de frecuencias aéreas, para así fomentar la mayor competencia posible en el mercado aeronáutico. Es entonces necesario que la JAC llame a licitación cada vez que existan frecuencias disponibles, en condiciones que faciliten la participación de múltiples interesados y sin hacer distinción de causas que originen la necesidad de asignación, como hace el artículo 3º de la Ley de Aviación Comercial. En tal sentido, se hará la recomendación pertinente en la parte resolutive de la presente sentencia, en aplicación de la facultad contenida en el artículo 18 N°4 del Decreto Ley N°211;

Centésimo trigésimo primero. Que, por otra parte, este Tribunal no vislumbra ninguna razón pro-competencia, o de eficiencia asignativa, que justifique otorgar las frecuencias aéreas de forma indefinida, pues estima que no existen inversiones de naturaleza tal en esta industria que requieran horizontes demasiado extendidos de asignación de las autorizaciones correspondientes. Lo anterior cobra más fuerza aún si en verdad es relevante reducir las barreras a la entrada que existen en esta industria, como se ha repetidamente argumentado en este fallo. Ello, teniendo especialmente presente que, en un cuarto de siglo de vigencia del sistema, sólo en dos ocasiones se ha efectuado un llamado a licitación de frecuencias restringidas por la autoridad aeronáutica (como consta en autos a fojas 739 y 760, entre otras);

Centésimo trigésimo segundo. Que, entonces, resulta recomendable que, independiente del mecanismo de asignación, se limite la duración de todas las frecuencias aéreas que se asignen en el futuro, razón por la cual en la parte resolutive de esta sentencia se hará una proposición de modificación de norma legal a S.E. la Presidenta de la República;

Centésimo trigésimo tercero. Que, asimismo, este Tribunal considera pertinente que se estudie la conveniencia de establecer una limitación similar a las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

frecuencias que ya han sido asignadas con carácter de indefinidas, respetándose en cualquier caso las garantías establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. Se hará una recomendación al Supremo Gobierno en el sentido señalado;

Centésimo trigésimo cuarto. Que, por su parte, estos sentenciadores considera importante que todo lo anteriormente dicho no pueda ser eludido a través de posteriores transferencias que permitan a una empresa dominante adquirir más frecuencias aéreas que las que podrían habersele asignado en un proceso competitivo, pues en tal caso se generarían similares incentivos al acaparamiento estratégico de este recurso escaso por parte del competidor dominante, con efectos negativos sobre la eficiencia asignativa y el bienestar social nacional. Por tanto, se ordenará a la JAC informar a la Fiscalía Nacional Económica de toda transferencia de frecuencias aéreas, a fin de que esta última vigile en forma directa el comportamiento de quienes participan en este mercado, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º, inciso primero del Decreto Ley N° 211 en la parte que habilita a este Tribunal para disponer de medidas correctivas y prohibitivas;

Centésimo trigésimo quinto. Que corresponde ahora hacerse cargo de las argumentaciones realizadas por la requerida y su coadyuvante en orden a que LAN es una línea aérea eficiente, competitiva a nivel mundial y que, por lo tanto, la mayor valoración que realiza de las frecuencias aéreas perfectamente se puede condecir con ventajas competitivas que ésta posee, las que le otorgan ventajas de costos sobre otros posibles entrantes, por lo que, a iguales tarifas para ambos, el margen que obtiene la empresa dominante es mayor (al respecto, ver por ejemplo el informe económico acompañado a fojas 61 por la JAC);

Centésimo trigésimo sexto. Que este Tribunal no desconoce la existencia de tales eficiencias y de la reducción de costos que conlleva. Sin embargo, no tiene antecedentes que permitan evaluar la importancia de las mismas y compararlas debidamente con los peligros anticompetitivos que implica que una proporción del todo mayoritaria de las frecuencias disponibles esté en manos de tal empresa;

Centésimo trigésimo séptimo. Que, sumado a lo anterior, aún cuando estuviese acreditada la importancia de la reducción de costos que se deriva de las eficiencias de LAN, no existe evidencia en autos de que ellas hayan redundado en el pasado, o puedan redundar a futuro, en una estrategia competitiva más agresiva de parte de la empresa dominante, que logre que los precios que ésta cobre, junto a la calidad del servicio ofrecido, se aproximen a aquellos que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

predominarían en un mercado competitivo. De hecho, la literatura económica disponible presenta evidencia que sugiere un resultado distinto, en el sentido de que estas eficiencias no se traspasarían en una proporción importante cuando la empresa posee suficiente poder de mercado. En este sentido, por ejemplo, el estudio "*Price dynamics in UK manufacturing: a microeconomic view*" (1992), de P.A. Geroski, analiza la respuesta de los precios a *shocks* (cambios) de costos en siete industrias en Inglaterra, llegando a la conclusión que esta respuesta es mucho menor en industrias menos competitivas que en aquellas más competitivas. Por ello, y considerando el poder de mercado de la empresa dominante nacional, que se ha descrito y acreditado en las consideraciones anteriores, este Tribunal considera que no se ha demostrado el impacto de las eficiencias alcanzables por LAN sobre los precios de los pasajes aéreos y del transporte de carga por vía aérea;

Centésimo trigésimo octavo. Que, en conclusión, al elegir el método de asignación de insumos esenciales limitados, y al igual que en cualquier análisis de operaciones de concentración -como las fusiones-, si bien se debe tomar en cuenta las eficiencias afectadas, éstas inclinarán la balanza de decisión sólo si se demuestra que las ganancias de eficiencia incidirán positivamente en la intensidad de competencia, compensando los riesgos anticompetitivos de una mayor concentración en el mercado, prueba que no ha concurrido en la especie;

Centésimo trigésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, en el caso de que se llegase al convencimiento de que el mercado en cuestión es estructuralmente asimilable o muy similar a uno de tipo monopolístico, con una empresa que es mucho más eficiente que sus potenciales competidores, como podría desprenderse de las alegaciones de la requerida y su coadyuvante, la conclusión obvia sería la de tener que regular precios y calidades en este mercado. Sin embargo, dada la previsible complejidad de esta regulación y su evidente dificultad de fiscalización, tal tipo de solución resultaría demasiado costosa. Por ello, este Tribunal recomendará la inclusión de consideraciones que tiendan a promover una mayor competencia en este mercado, en el reglamento de licitación de frecuencias aéreas restringidas. Asimismo, ordenará incluir en el proceso de licitación *sub lite*, condiciones y medidas específicas orientadas a promover una mayor competencia en dicho mercado;

Centésimo cuadragésimo. Que, tal como se ha señalado anteriormente en la presente sentencia, en la ruta Santiago-Lima LAN tiene 21 frecuencias asignadas de forma 'no provisoria' (ver Cuadro 2), quedando por licitarse, a corto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

plazo, otras 7 frecuencias aéreas, con vigencia por 5 años. En este contexto, pareciera por tanto razonable que si se quisiera promover la inyección de presión competitiva relevante por parte de un nuevo actor en esta ruta, éste debiera poder operar regularmente al menos un vuelo diario en la ruta Santiago-Lima, a objeto de poder realizar una oferta suficientemente atractiva a los usuarios y, de esta forma, disputar efectivamente una porción del mercado relevante. Un criterio similar puede desprenderse del Plan de Autorregulación de LAN, que define como “ruta competitiva” aquella que es servida por otra línea aérea, además de la autoregulada, con al menos una frecuencia diaria, como se expuso en la consideración centésimo décimoctava;

Centésimo cuadragésimo primero. Que, por todo lo anteriormente expuesto, este Tribunal ordenará cambiar las bases de esta licitación en particular, de la forma que se dirá más adelante;

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, en opinión de este Tribunal, lo anterior no se opone a mandato legal alguno como ha sido alegado por la requerida y su coadyuvante en autos, pues estos sentenciadores no comparten la interpretación que ellas han realizado acerca del sentido y alcance –limitado a subasta por precio– que debe darse a la expresión “licitación pública” que está contenida en el artículo 3º de la Ley de Aviación, cuando establece ese mecanismo para la asignación de frecuencias, según ya se expuso;

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, por otra parte, para definir tal sentido y alcance, este Tribunal considera adecuado primeramente consultar el sentido que a la expresión “licitación” dan otros cuerpos legales, pues en la Ley de Aviación la palabra no tiene un sentido natural u obvio ni está expresamente definida. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22, inciso segundo, del Código Civil;

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que, a modo ejemplar, si bien es cierto que en el caso de la Ley 18.168, General de Telecomunicaciones, el legislador ha tratado como sinónimos las voces “licitación” y “remate”; tal asimilación de términos ha sido realizada expresamente en el artículo 28º de la referida ley y también puede desprenderse del artículo 13, inciso primero, disposición que ordena otorgar las concesiones de los servicios de telecomunicaciones por “concurso público”;

Centésimo cuadragésimo quinto. Que, en cambio, el artículo 7º del Decreto Nº 900 del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991, del mismo Ministerio, publicado el 18 de diciembre de 1996, y que establece los factores según los cuales han de evaluarse las ofertas técnicamente aceptables en las licitaciones de obras públicas, da un sentido bastante más amplio a la expresión que la de mera subasta o remate al mejor precio ofertado. En efecto, entre los factores que pueden ser considerados en un proceso de licitación para la ley en comento, como determinantes de la decisión de adjudicación de la autoridad, se contemplan algunos que no dicen relación con la mejor oferta económica que puedan realizar los oponentes, sino que están referidos a las características técnicas de las obras, los plazos de ejecución e incluso consideraciones de tipo medioambiental;

Centésimo cuadragésimo sexto. Que, a su turno, el artículo 7º de la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, asimila, para efectos de ese cuerpo normativo, el concepto de licitación con el de concurso. Así, la mencionada norma define, para efectos de esa ley, “licitación o propuesta pública” como “*el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases citadas, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente*”. (énfasis agregado);

Centésimo cuadragésimo séptimo. Que tal asimilación entre la voz “licitación” y el concepto de “concurso” también puede observarse en el caso de la Ley General de Servicios Sanitarios (Decreto con Fuerza de Ley 382, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas). En efecto, como se deduce fácilmente de lo preceptuado en los artículos 15º, 23º, 28º, 29º y 33º A, del mencionado cuerpo normativo, la expresión “licitación” es utilizada para significar procesos en los que la autoridad sectorial evalúa el cumplimiento de condiciones técnicas, los programas de desarrollo presentados por los proponentes, las obras que éstos deberán efectuar y las tarifas que cobrarán a los usuarios;

Centésimo cuadragésimo octavo. Que, por su parte, puede observarse que existen casos en los que el legislador ha pretendido referirse a una subasta al mejor postor y ha utilizado expresiones diversas a la de licitación. Un ejemplo claro es el del D.F.L. N° 1.122, del año 1981, que fija el texto del Código de Aguas, cuerpo legal que, en sus artículos 142 y siguientes, se refiere al procedimiento de subasta por precios de los derechos de agua, denominando al mecanismo respectivo como “remate”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo cuadragésimo noveno. Que de los ejemplos citados puede colegirse, sin lugar a dudas, que en algunos casos la expresión "licitación" recibe en nuestra legislación un sentido equivalente al de "subasta", en la que la adjudicación de un bien o servicio se hace a quien realiza la oferta económica más ventajosa y, en otros casos, se le da un alcance similar al de "concurso" donde tal adjudicación recaerá al oferente que, en conjunto, haga la proposición más ventajosa, sin atender exclusivamente al valor económico de la misma;

Centésimo quincuagésimo. Que, por lo expresado, este Tribunal debe interpretar el sentido y alcance que ha de otorgarse a la voz "licitación" en el caso del artículo 3º de la ley de aviación, de manera que su sentido guarde la debida correspondencia y armonía tanto con los fines de la propia ley de aviación como con los de la legislación de defensa de la competencia –obligatoria para todos los agentes económicos, sean de naturaleza pública o privada– y, por consiguiente y en definitiva, con el espíritu general de nuestro ordenamiento jurídico en materia de orden público económico;

Centésimo quincuagésimo primero. Que cabe entonces tener presente, en primer término, que las consideraciones que preceden al articulado del propio Decreto Ley Nº 2.564, de 1979 establecen textualmente que "(...) *la configuración geográfica de Chile y su posición respecto a los grandes centros productores y consumidores del mundo, exigen la disponibilidad de servicios de transporte aéreo de la mejor calidad, eficiencia y al menor costo, porque ello incide fundamentalmente en el desarrollo del país*"; y a continuación agrega que "(...) *es necesario crear las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo chileno, a objeto de que éste tenga las características antes señaladas*" (énfasis agregado);

Centésimo quincuagésimo segundo. Que puede observarse del texto citado en la consideración precedente que el legislador estimó como medio idóneo para alcanzar los fines de la normativa de aviación comercial -esto es, disponer de servicios de transporte aéreo de la mejor calidad, eficiencia y al menor costo posible- la creación de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo chileno;

Centésimo quincuagésimo tercero. Que, por su parte, el artículo 3º, inciso primero de la Ley de Aviación Comercial dispone textualmente que "[si] *de acuerdo a convenios internacionales o por razones de reciprocidad, se dispusiere de un número inferior de frecuencias internacionales en una ruta determinada que*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operadores nacionales interesados para operar en ella, tales frecuencias se asignarán a estos operadores por la Junta de Aeronáutica Civil mediante licitación pública, de acuerdo con las condiciones y procedimientos que fije el reglamento". (énfasis agregado);

Centésimo quincuagésimo cuarto. Que, entonces, lo procedente es concluir que si la intención del legislador, expresamente declarada, fue alcanzar los fines de la ley de aviación mediante la promoción de las mejores condiciones de competencia, en los casos en los que se dispusiere de un número inferior de frecuencias internacionales en una ruta determinada que operadores interesados en prestar el respectivo servicio de transporte en dicha ruta, la licitación pública que es menester realizar para asignar las frecuencias correspondientes debe, precisamente, promover la competencia. Consecuencialmente, es éste último objetivo el que debe inspirar cualquier reglamento que la autoridad competente, por mandato de la ley, dicte para fijar las condiciones y procedimientos a los que habrá de sujetarse la licitación pública en cuestión;

Centésimo quincuagésimo quinto. Que lo razonado precedentemente no se ve alterado por lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 3° del Decreto Ley N° 2.564, pues la referencia que se hace a “[l]as sumas provenientes de dichas asignaciones” tiene por objeto regular el destino de los pagos que puedan hacerse por los oponentes en el marco de las licitaciones, pero no implican que las mismas no puedan considerar otros factores distintos del dinero ofertado para dirimirlas;

Centésimo quincuagésimo sexto. Que por lo tanto, en opinión de este Tribunal y de acuerdo al análisis del mercado que se ha realizado a lo largo de esta sentencia, asignar las licitaciones de las frecuencias aéreas restringidas, considerando solamente el monto de dinero ofertado, tal como se ha venido haciendo hasta ahora, no es coherente con los objetivos de la propia ley de aviación comercial ni tampoco con el medio que dicha ley considera idóneo para alcanzar esos objetivos, esto es, la creación de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo chileno;

Centésimo quincuagésimo séptimo. Que, por las mismas razones y teniendo en cuenta todo lo que se ha razonado en este fallo acerca de las limitaciones que existen para desafiar el poder de mercado de la empresa dominante en el tráfico aéreo hacia y desde Chile, un mecanismo de asignación de frecuencias mediante licitaciones, que no considere otros elementos adicionales al precio ofertado, no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

está en línea con las normas contenidas en el Decreto Ley número 211, que tienen por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados y cuya aplicación corresponde privativamente a este Tribunal y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, de acuerdo con lo preceptuado en sus artículos 1° y 2° del Decreto Ley N° 211;

Centésimo quincuagésimo octavo. Que, en consecuencia, estos sentenciadores no pueden sino interpretar que la expresión “licitación pública” que emplea el tantas veces citado artículo 3° del Decreto Ley N° 2.564, está referida a un procedimiento administrativo de selección de asignatarios de un recurso, en el que se debe garantizar la obtención de los objetivos expresamente consignados por el legislador por medio del establecimiento de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo chileno. Por esa razón, en el caso particular de la ley de aviación comercial – dadas las limitadas condiciones de competencia en la industria de transporte aéreo desde y hacia Chile, que se han descrito a lo largo de esta sentencia- no puede estarse a la mayor oferta monetaria como el único factor de adjudicación de frecuencias aéreas restringidas, debiendo entonces considerarse también otros factores -y adoptarse medidas concretas- que inyecten competencia en los mercados involucrados;

Centésimo quincuagésimo noveno. Que en las siguientes consideraciones se analizarán algunas alternativas de diseño de licitaciones con el objeto de ponderar someramente sus ventajas y desventajas. De entre las alternativas disponibles y sus posibles combinaciones, la autoridad pública a cargo de hacer cumplir la ley de aviación comercial y de promover sus objetivos, esto es, la Junta de Aeronáutica Civil, deberá -en general y en cada caso particular- procurar el mecanismo de licitación de frecuencias restringidas idóneo para crear las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en la ruta respectiva;

Centésimo sexagésimo. Que, en primer término, debe reconocerse que la autoridad mencionada en la consideración precedente –acogiendo una recomendación contenida en la Sentencia N° 44/2006– intentó avanzar en la dirección correcta cuando reemplazó la subasta de frecuencias a viva voz por la licitación a sobre cerrado, haciendo la reforma al reglamento respectivo. De esta manera, si bien no desaparecieron las ventajas de la empresa dominante, a lo menos se aumentó la probabilidad de que una aerolínea entrante se adjudicara alguna frecuencia. Esta mayor probabilidad se debe a que, bajo un mecanismo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación de sobre cerrado, en principio ningún participante adquiere, en la licitación, información directa respecto de la disposición a pagar de sus competidores por las frecuencias licitadas. Sin embargo, si la licitación se lleva a cabo de forma secuencial –como precisamente se hizo en el caso de la licitación para la adjudicación provisoria de las 7 frecuencias en cuestión, en el marco de la medida precautoria decretada en autos–, esta ventaja desaparece. Por lo anterior, este Tribunal considera que la licitación materia del requerimiento no mejoró sustantivamente las condiciones de competencia respecto del mecanismo de adjudicación originalmente utilizado;

Centésimo sexagésimo primero. Que el informe económico acompañado por LAN a fojas 505 coincide con el anterior análisis. La subasta materia del requerimiento de autos, si bien se organizó como una subasta de sobre cerrado, fue secuencial. Es decir, se licitaron las frecuencias una tras otra, y no se entregaron todos los sobres al mismo tiempo. Como se señala en el citado informe, *“ello permitirá a las empresas en disputa obtener información acerca de las valoraciones de las empresas rivales. Como se sabe, la mayor probabilidad que otorga la licitación de sobre sellado a empresas no dominantes, comparado con la subasta ascendente, radica básicamente en las asimetrías de información en relación a las estrategias de los rivales. Al entregarse las ofertas una a una, esta licitación se asemeja a la ascendente y disminuye las posibilidades de empresas no dominantes”*;

Centésimo sexagésimo segundo. Que un mecanismo de adjudicación de frecuencias que podría aplicarse alternativamente a la subasta por precio, consiste en el denominado *“beauty contest”* (literalmente, “concurso de belleza”). En este tipo de licitaciones, el licitador establece las reglas o bases de licitación, fijando una serie de parámetros y criterios en base a los cuales se evalúan las propuestas. Los sistemas de asignación de frecuencias aéreas en base a reglas administrativas son aplicados comúnmente a nivel internacional, y se basan en criterios técnicos, consistentes en consideraciones de eficiencia, seguridad, disponibilidad de aviones, rutas a servir, e incluso consideraciones de promoción de la libre competencia, tal como se sostiene en el informe económico acompañado a fs. 505 por LAN;

Centésimo sexagésimo tercero. Que, sin embargo, no debe perderse de vista que los mecanismos de adjudicación de frecuencias basados en criterios técnicos también suelen favorecer a la empresa dominante, puesto que comúnmente estará en mejor posición para cumplir con los criterios que defina la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación. Ahora bien, lo importante desde el punto de vista de la competencia es que, dependiendo de su diseño, puedan o no incentivar al traspaso de sus eficiencias a los consumidores.

Centésimo sexagésimo cuarto. Que el método más eficaz para asegurar los menores precios a público y un uso eficiente de las frecuencias disponibles consiste en una licitación que adjudique frecuencias, justamente, por menor tarifa a público o mayor capacidad de transporte. El problema de esta alternativa, sin embargo, es la alta variabilidad en las condiciones de costos y demanda, lo que dificulta identificar un indicador relevante de precio para dirimir tal competencia por la cancha.

Centésimo sexagésimo quinto. Que, por otro lado, respecto de aquellos mecanismos de adjudicación que consideren la entrada de nuevos operadores en la ruta a licitar como criterio de decisión –o derechamente la adjudicación directa de frecuencias a una aerolínea distinta de la dominante– es preciso señalar que, en el caso en que la única forma de incentivar un mayor nivel de competencia sea reservando parte de las frecuencias a nuevos entrantes –dadas las ventajas del dominante–, este tipo de adjudicación debería inyectar mayor presión competitiva en la ruta. Por otra parte, lo anterior supone que la entrante logrará replicar en alguna medida las ventajas de la empresa dominante, o bien ubicarse en un segmento de mercado en el cual logre ser una competidora efectiva. De esta forma, si bien la asignación de frecuencias así producida no necesariamente será la más eficiente desde el punto de vista productivo, a cambio es esperable que este tipo de adjudicación inyecte mayor competencia en el mercado, asumiendo que la entrante podrá explotar las frecuencias asignadas de forma competitiva. Atendido lo anterior, este Tribunal optará por esta última alternativa al haberse formado la convicción de que, dada la estructura de la industria de transporte aéreo chilena descrita en la presente sentencia, ella constituye la mejor alternativa disponible en el contexto actual y es la que mejor promueve la competencia y previene atentados a la misma;

Centésimo sexagésimo sexto. Que, por lo expresado, y tal como se señaló en la Sentencia N° 44, en opinión de este Tribunal deben modificarse sustancialmente las reglas recogidas en el reglamento contenido en el Decreto Supremo 102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, reformado mediante el Decreto N° 50 de 2007 de la misma Secretaría de Estado, razón por la cual se propondrá nuevamente, en la parte resolutive de esta sentencia, a S.E. la Presidenta de la República, a través del Ministro correspondiente, la modificación

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sustancial de ese cuerpo normativo a fin de que se establezcan mecanismos de asignación de rutas restringidas que, además del factor de mejor oferta monetaria, considere criterios que, en cada caso, propendan a la creación de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en la ruta respectiva, todo ello según se ha establecido en esta sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18° número 4, del Decreto Ley N°211;

Centésimo sexagésimo séptimo. Que sin perjuicio de lo anterior y en lo inmediato, este Tribunal ordenará, en lo dispositivo de este fallo, modificar las Bases de Licitación elaboradas por la Junta de Aeronáutica Civil con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima. Ello teniendo en consideración que dichas bases constituyen normas administrativas de jerarquía infrarreglamentaria que conculcan la Libre Competencia en el mercado relevante analizado, por las razones largamente tratadas en la presente sentencia y que, por lo tanto, pueden ser modificadas directamente por este Tribunal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26°, inciso segundo, letra a, del Decreto Ley N°211;

Centésimo sexagésimo octavo. Que las modificaciones a las bases de licitación referidas se ordenarán con el objeto de propender a la entrada de algún nuevo operador en la ruta Santiago-Lima que tenga la posibilidad de desafiar al incumbente y, de este modo, introducir presión competitiva que pueda redundar en menores precios al usuario final y en mejoras en la calidad del servicio. Dichas modificaciones implicarán que la Junta de Aeronáutica Civil deberá procurar que, en una primera ronda de la licitación de frecuencias en la ruta Santiago-Lima, ninguna línea aérea se quede con más del 75% del total de frecuencias existentes en dicha ruta, sumadas las disponibles y las asignadas en el pasado. Ello en razón de lo expuesto en la consideración centésimo cuadragésima. A falta de interesados, se deberá producir una segunda vuelta en la que la autoridad podrá no aplicar la limitación antes mencionada;

Centésimo sexagésimo noveno. Que, además y teniendo presente que exigir que los plazos para entrar en operaciones sean los mismos para una línea aérea establecida que para una que ingresa por primera vez al mercado no es razonable y puede desincentivar la participación de posibles interesados en la licitación respectiva, toda vez que éstos requieren realizar inversiones y trámites administrativos costosos (como la propia requerida lo señala en el documento que rola a fojas 161 y siguientes del cuaderno de documentos de la JAC), este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tribunal hará una recomendación al respecto con el objeto de eliminar esta posible barrera de ingreso;

Centésimo septuagésimo. Que lo expuesto en las dos consideraciones precedentes resuelve en lo inmediato el conflicto específico planteado en autos, sin perjuicio de que, como se ha dicho, estos sentenciadores han alcanzado la convicción de que la forma de promover y resguardar verdaderamente la competencia en la industria aeronáutica en Chile en general, y consecuentemente en la ruta Santiago-Lima en particular —evitando de esta forma además que en lo sucesivo se repitan una y otra vez litigios similares al que motiva este fallo y que también motivaron la sentencia 44/2006, con todos los costos que ello implica—, consiste en avanzar prontamente en la introducción de las consideraciones de competencia que se han tratado latamente en este fallo, en lo relativo a las normas que rigen la asignación de frecuencias aéreas internacionales. Lo anterior, sin perjuicio de que no debe perderse de vista que la solución ideal y definitiva a los problemas de competencia tratados en este proceso radica en lograr la mayor apertura de cielos posible, toda vez que, en una economía pequeña como la chilena, y en el caso particular de una industria con muy elevados índices de concentración y barreras de entrada relevantes, abrirse a la competencia internacional es lo más eficaz en un régimen económico de mínima intervención de la autoridad en la actividad aeronáutica;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 5º, 18º N° 1) y 4); 22º, inciso fin al; 25º, 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y en las demás normas legales citadas en la presente sentencia,

SE RESUELVE:

I.- EN CUANTO A LAS TACHAS:

1) Rechazar las tachas formuladas por LAN a fojas 395 y 552 bis 1 en contra de los testigos Javier Hanson Bustos y Enrique Meliá Soriano, respectivamente;

II.- EN CUANTO AL FONDO:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2) Acoger el requerimiento de fojas 8, interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, en cuanto se declara que las bases de licitación, elaboradas y sancionadas por la Junta de Aeronáutica Civil, que regulan el proceso de licitación pública de siete frecuencias directas entre las ciudades de Santiago y Lima, publicadas en el Diario Oficial del 8 de octubre de 2007, son contrarias a las disposiciones del Decreto Ley N° 211; y, en consecuencia, **ordenar** a la Junta de Aeronáutica Civil lo siguiente:

a) Modificar dichas bases dentro del término de treinta días corridos contados desde que la presente sentencia quede ejecutoriada, a fin de que éstas establezcan que la autoridad aeronáutica chilena podrá adjudicar a un mismo postulante, en una primera ronda, como máximo un 75% del total de frecuencias aéreas internacionales directas existentes en la ruta Santiago-Lima, sumadas las asignadas y por asignar. Para tal efecto, deberá considerarse como un mismo postulante a una determinada persona, sus filiales, coligadas y/o relacionadas conforme a los artículos 100 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores. En caso de que esta primera ronda se declare desierta, no regirá en la segunda ronda la limitación al porcentaje de frecuencias internacionales que puede adjudicarse una misma compañía y sus relacionadas. Las bases deberán además ser modificadas, a fin de procurar que los plazos de inicio de operaciones que se exijan a los postulantes, no restrinjan o perjudiquen la participación del mayor número de interesados posible;

b) Realizar un monitoreo constante y eficaz del uso efectivo u operación regular por parte de las aerolíneas de los Derechos de Tráfico o Frecuencias Aéreas Internacionales que se les hayan adjudicado, de forma que se promueva y defienda la libre competencia, y ejercer, cuando corresponda, la facultad contenida actualmente en el artículo 7º del Decreto Supremo N° 102, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1981, existan o no nuevos interesados en las frecuencias correspondientes, distintos a quienes las tengan asignadas. Para coadyuvar en esta tarea, la JAC deberá establecer un registro de acceso público de los vuelos que efectivamente realizan las aerolíneas en las distintas rutas restringidas;

c) Asegurar que las bases de licitaciones de frecuencias aéreas internacionales que realice en lo sucesivo garanticen la creación de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en dicha ruta, de acuerdo con los términos establecidos en la presente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sentencia;

d) Remitir las bases de las licitaciones públicas de frecuencias aéreas a la Fiscalía Nacional Económica, a lo menos con 30 días corridos de anticipación a la fecha en la que habrá de publicarse el respectivo llamado;

e) Informar por escrito a la Fiscalía Nacional Económica de todo acto jurídico cuyo objeto o efecto sea la transferencia entre aerolíneas de frecuencias aéreas o derechos de tráfico asignadas, en cuanto tome conocimiento del mismo;

3) Proponer a S.E. la Presidenta de la República, a través del Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones **(i)** modificar las normas pertinentes del Decreto Ley N° 2564, de 22 de junio de 1979, y del Código Aeronáutico, a fin de que Chile realice una apertura unilateral de cielos, incluyendo el cabotaje por empresas aéreas de otros Estados sin exigencias de reciprocidad, **(ii)** modificar el Decreto Ley N° 2564 a fin de que la Junta de Aeronáutica Civil deba siempre y en todos los casos llamar a licitación pública -en condiciones que faciliten la participación de múltiples interesados- cada vez que existan frecuencias disponibles, sin hacer distinción alguna de causas que originen la necesidad de tal asignación, **(iii)** modificar las normas pertinentes del Decreto Ley N° 2564, de 22 de junio de 1979, a fin de que se limite la duración de todas las frecuencias aéreas internacionales que se asignen en el futuro y, **(iv)** modificar el reglamento de asignación de frecuencias aéreas restringidas, contenido en el Decreto Supremo N° 102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de modo tal que éste, de acuerdo con los términos contenidos en la presente sentencia, establezca la obligación de la autoridad aeronáutica de asegurar, en cada caso, las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en las rutas respectivas, por lo que dicho reglamento deberá establecer la obligación de considerar criterios que apunten a ese objetivo;

4) Recomendar al Supremo Gobierno, por medio del Sr. Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, que se estudie la conveniencia de establecer una limitación a la duración de las frecuencias aéreas que hayan sido asignadas con carácter de indefinidas, respetándose en cualquier caso las garantías establecidas en nuestro ordenamiento jurídico;

5) Recomendar a las sociedades del giro aeronáutico constituidas en Chile que consulten a este Tribunal los actos jurídicos mediante los cuales pacten usar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

conjuntamente sus códigos internacionales de individualización con una o más aerolíneas que operen en el país, con el fin de comercializar vuelos que sólo serán operados por una de las empresas participantes del acuerdo, así como otras convenciones que involucren coordinaciones respecto de horarios, calidad o capacidad de aeronaves, publicidad, organización comercial, material de vuelo, personal o la repartición de ingresos y que, en general, impliquen la conexión, combinación, consolidación o fusión de servicios o negocios. De igual forma, se recomienda consultar cualquier alianza entre aerolíneas nacionales;

6) No condenar en costas a la requerida.

Notifíquese, transcríbese al señor Ministro de Transportes y Telecomunicaciones y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 148-07.

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Joaquín Morales Godoy. Autorizada por el Secretario Abogado, Sr. Javier Velozo Alcaide.